

فى القانون الرومانى

دكـتـور
السيد عبد الحميد فوده
أستاذ مساعد ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق - جامعة بنها

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

اسم الكتاب : فكرة الحق فى القانون الرومانى.

المؤلف : دكتور/ السيد عبد الحميد على فوده.

الناشر : دار النهضة العربية.

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة.

الطبعة : الأولى.

سنة الطبع : ٢٠٠٥ .

رقم الإيداع : ١٥٢٤٨ / ٢٠٠٥

الترقيم الدولى : I.S.B.N. 977-04-9755-X

ملحوظة : هذا الكتاب فى الأصل هو بحث للمؤلف منشور في المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الخامس عشر، ٢٠٠١

المطبعة : دار ياسر للدعاية والإعلان ومستلزمات الكمبيوتر ١٥ شارع أنور - طنطا .

الكمبيوتر : ابل ٠١٠١٧٦٨٩١٤ .

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً ﴾

صدق الله العظيم

مقدمة فى فلسفة الحق

أهمية فكرة الحـق :

تعد فكرة الحق من الأهمية بمكان ، حيث تكمن فيها فلسفة كل علاقة قانونيـة . وإذا كانت فكرة الحق قديمة قدم المجتمع (١) ، إلا أنها لم تحظ بعناية الفقه إلا منذ عهـد قريـب تحت تأثير عاملين هما : تقدم المجتمع وانتشار الحرية (٢) . فأمـام تطـور المجتمـع وإتسـاع رقعة المعاملات وما ينتج عنها من روابط وعلاقات قانونية جديدة - نابعة من فكرة الحق - لم يدخر الفقـه جهـدا فـى الكشف عنها ودراستها وإيضاح الغـامض منهـا - حتى لا تكون بسبب عدم تكشفها فور ظهورها حجر عثرة أمام تطور الأمة ونهضتها - فضلا عن العمل على إزالة ما قد يظهر من التناقض وعدم الانسجام ، وبذل الجهد للتوفيق بين ما يحكم الواقع فـى معاييره التطبيقيـة والقـانون فـى حـدوده الفلسـفية . فاهتمـام الفقـه بدراسة الحق دراسة فلسفية لم يكن - في الواقع - إلا تلبية لضرورات حياة الجماعـة ، ومسايرة لتطورها ، ولذلك بذل الفقه مجهودات صادقة فى دراسة الحق لشدة تغلغله فـى جميع نواحي الحياة . من هنا ارتبطت فكرة الحق بتقدم المجتمع بـل وكـانت معيـارا دقيقـا لرقية وتقدمه (٣) .

من ذلك يتضح أن " فكـرة الحق " لها من الاتساع والشمول ما يجعـل مـن دراسـتها دراسة متعمقة أمرا لا يخلـو مـن الأهميـة ، وذلك لأثرها الكبير فـى حيـاة الجماعـة ، ولا متزاجها امتزاجا كليا بجميع ما يتعلق بمصالح أفراد المجتمع - فهى نقطة الارتكاز التى فيها تتجمع ومنها تنبثق هـذه المصالح - حـتى أصبحـت دراسـة الحق تستوعب الجزء

---

(1) Decugis (Henri) : Les étapes du droit des origins à nos jours, Paris 1946, T.I, P. 197 et s.
- Kelsen (Hans) : Théorie pure du droit, Introduction à la science du droit, Neuchatel 1953, P. 96.

(2) Acollas (Emile) : Introduction à l'etude du droit, le probléme du droit devant la philosophie, la science et la morale, Paris 1926, P. 5.
- Demogue (René) : Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, Paris 1911, P. 145 et s.
- Jolivet (Régis) : Cours de philosophie, Lyon - Paris 1942, P. 349 - 350.

(3) Lepointe (G.) et Monier (R.) : Les obligations en droit romain et dans l'ancein droit francais, Paris 1954, P. 16 - 17.
- May (Gaston) : Eléments de droit romain, Paris 1907, P. 231 - 232.

الأكبر من علم القانون (١) . وكلما زاد التعمق في بحث فكرة الحق ، كلما تجاوزت دراسة الموضوعات المتعلقة بها حدود حاجيات عصرها ، وكان ذلك بمثابة ذخيرة يجد فيها المجتمع من الحلول ما يسعف نهضته ويساعد تقدمه ورقية (٢) .

وإذا كان من المسلم به أن المجتمع هو أساس وجود الحق ونشأة القانون - فالحقوق لا توجد إلا في جماعة ، كما أن القانون لا يظهر إلا في المجتمع (٣) - إلا أن القانون هو

---

(١) تعرض الفقه بالدراسة لكل ما يتصل بالحق في نشأته وممارسته وانقضائه : فمن الفقهاء من اعتنى بدراسة الواقعة القانونية ، ومنهم من بحث العلاقة القانونية ، ومنهم من اهتم بدراسة أشخاص الحق ، ومنهم من بحث موضوع الحق ، ومنهم من تعمق في بيان صلة الحق بالواجب عن طريق دراسة السبب ، ومنهم من بحث حوالة الحق ، ومنهم من خصص جهدا لبيان أسباب انقضاء الحق ... الخ . وقد ذهب الفقه الحديث إلى أبعد من هذا ، فأمعن في تضييق نطاق البحث ، وذلك زيادة في التعمق ورغبة في إيضاح كل مادق فهمه أو التبس أمره .

(٢) نلمس هذه الظاهرة بصفة خاصة في الفقه الإسلامي ، فرغم طبيعته المتطورة ، توغل الرعيل الأول من جهابذة فقهاء المسلمين في طرح المسائل والافتراضات وإعطاء حلول مدروسة لكل منها ، بلغت من الدقة والعمق ما يمثل معينا لا ينضب ، بحيث يندر ألا نجد فيما تركوه حلا لما استحدث اليوم من علاقات جديدة .

انظر في تفصيلات ذلك الموضوع :

دكتور / عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، طبعة ١٩٥٣ / ١٩٥٤ ، الجزء الأول .

الشيخ / عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، طبعة ١٩٥٤/١٩٥٥ .

الشيخ / محمد أبو زهرة : إساءة استعمال الحق ، " موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي " ، طبعة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١م .

دكتور / محمد يوسف موسى : محاضرات في الفقه الإسلامي " فقه الصحابة والتابعين " ، طبعة ١٩٥٤ .

دكتور / عبد الهادي يونس العطافي : ماهية الحق في القانون الخاص ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣٣ ، العدد الرابع ، ص ٦٦٥ .

(٣) لم يعد العقل البشري يصدق خرافة والإنسان المنعزل عن سائر الناس " ، فالإنسان لا يكتسب صفته الآدمية إلا في مجتمع . وهو في معيشته لامناص له من أن يأخذ ويعطي ، يشبع حاجاته ويصرف ما توافر له من إمكانيات ، وهذا الإشباع والتصريف يتخذان بدورهما مظهرا =

وسيلة تنظيم الحقوق فى المجتمع ، وتنسيق روابط أفراده . فسلوك الأفراد فى المجتمع وتنظيم علاقاتهم يتخذ مظهرين فى نفس الوقت ، **الأول** : مظهر القاعدة التى يسير عليها الفرد ، **والثانى** : الاستئثار الذى يكون له بالنسبة لقيمة معينة لا يشاركه فيها أحد . ويطلق على المظهر الأول " القانون " ، ويطلق على الثانى " الحق " . فالقانون والحق يعكسان معا صورة الحياة القانونية للمجتمع ، وهى لا توجد إلا معهما . إن غاية تنظيم المجتمع هو أن يتمتع كل فرد بحقه على أساس من المساواة والعدل ، ووسيلة المجتمع لبلوغ هذه الغاية هى القاعدة القانونية التى يلتزم كل فرد بمراعاتها. ومن هذا يبين أن القانون والحق وجهان لشىء واحد، وإن شئنا أن نصف العلاقة بينهما كانت علاقة الوسيلة بالغاية ، فالقاعدة القانونية أداة هدفية ، أو وسيلة تهدف إلى تنظيم الحقوق وكفالتها ، ولن يكون هناك تجاوز فى التعبير إذا قلنا أن " علة نشوء القاعدة هى بلوغ غاية معينة ، هى إحترام الحقوق ، وضمان التمتع بها "(١) ، إذن فالعلاقة بين القانون

= اجتماعيا هو دخول الفرد مع غيره فى علاقة أو علاقات ، إذن فحياة الإنسان فى المجتمع عبارة عن أخذ وعطاء . لذلك كان لابد من أن يرسم المجتمع لكل شخص حدودا تبين ماله من حقوق وما عليه من واجبات ، وقد تم رسم هذه الحدود نتيجة خبرة أجيال طويلة ، وتعاونت فى رسمها عوامل متعددة دينية وأخلاقية ... وقانونية ، بيد أن العوامل القانونية هى أكثر هذه العوامل قدرة على تحديد سلوك الأفراد لما يتوافر فيها من عنصر الإلزام ، فإن التزام الإنسان قواعدها طواعية كان بها ، وإلا أجبر على احترامها . إذن فالرغبة فى إلزام الناس بمراعاة سلوك معين هى علة نشوء القانون . دكتور / أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، طبعة ١٩٦٣ ، ص ٥ .

(١) دكتور / أحمد سلامه : المدخل لدراسة القانون ، ص ٨ .

- Bonnecase (Julien) : Introduction à l'étude du droit, Paris 1926, P. 17.
- Jolivet (Régis) : Cours de philosophie, lyon - Paris 1942, P. 392 - 393.
- Capitant (H.) : Introduction à l'étude du droit civil, Paris 1921, P. 27.
- Capitant : Treité de droit civil, Paris 1953, T. I, P. 4.
- Del Vecchio : Lecons de philosophie du droit, Paris 1939, P. 245 et 333 et 351.
- Lernez (K.) : Philosophie du droit et de l'Etat a l'heure présente, 3e éd., P. 157.

وقد كشف العلامة " موراندير " عن جانب من ذلك بقوله :

" Le droit, c'est une partie de l'art de gouverner les hommes, or les hommes sont à peu prés ingouvernable, parce que, pour les gouverner, il faut concilier deux éléments essentillement contradictoires : l'individu et la société" Julliot =

والحق علاقة لا تنفصم ، فالحقوق لا توجد ولا تحترم إلا فى ظل تنظيم قانونى (١) .

على أن العلاقة بين القانون والحق قد تثير مشكلة أشد دقة وتعقيدا ، ومضمون هذه المشكلة : هل القانون هو الذى يخلق الحق ، أم أن الحق يكون ثابتا من قبل ثم يأتى القانون ليقرره وينظمه ؟ . وقد اختلف الفقه فى الاجابة على ذلك السؤال ، حيث إتجه " المذهب الفردى " إلى أن للفرد حقوقا طبيعية تولد معه وأنه قد دخل الجماعة بهذه الحقوق ، فالإنسان قد أبرم منذ القدم عقدين ، عقدا أنشأ الجماعة ، وعقدا خضعت الجماعة بموجبه للحاكم ، ومن مقتضى هذا التعاقد ألا يستطيع الحاكم أن يمس بعض الحقوق عن طريق القوانين ، فإن فعل ذلك يكون قد أخل بتعاقده مما يبرر الثورة عليه لأنها حقوق طبيعية ، ولذلك فقد أطلق على هذا المذهب " مذهب القانون الطبيعى وقانون الشعوب " (٢) ، وبذلك تنحصر وظيفة القانون عند أنصار هذا الرأى فى تنظيم الحقوق ولا تتعدى إلى خلقها وبالتالى لا تمتد إلى إلغائها (٣) . بينما يقوم " المذهب

= De la Morandiére : Cours de droit civil approfondi de doctorat, Paris 1950 - 1951, P. 4.

(١) لعل هذه الصلة الوثيقة بين القانون والحق هى التى دعت الفقيه " كلسن Kelsen " إلى القول بأن القانون والحق ليس لهما سوى طبيعة واحدة وإن اختلفا فى الدرجة ، فالقاعدة القانونية هى قاعدة سلوك عامة،والحق قاعدة سلوك فردية . مشار إليه بمؤلف :

Dabin : le droit subjectif, Paris 1952, P. 2.

(٢) يعتبر " جروسيوس Grotius" من طليعة مؤسسى هذا الرأى والذى لقى تأييدا حارا عند بعض الفلاسفة أمثال : Rousseau, Samuel Pufendorf, John lock .

(3) " Remarquons, dit - il, que le rapport juridique a toujours un substrat réel dans les choses et les personnes. le droit ne crée pas les éléments ou les termes du repports, mais les trouve déjà normalement constitués, et ne fait que déterminer et les discipliner. Il reconnait quelque shose préexistant et lui donne sa form, en fixant les limites des exigibiltés reciproques", Del Vecchio : lecons de philosophie du droit, Paris 1939, P. 33.

- Acollas (Emile) : Introduction a l'étude de droit, Paris 1885, P. 8.
- Tanon (L.) : L'evolution du droit et la conscience sociale, la valeur d'un principe premier de la formation du droit, 2e éd, Paris 1905, P. 145 et s.

ويؤيد الدكتور / عبد الهادى يونس العطافى ذلك الاتجاه بقوله : "... ذلك أن مهمة القانون – فضلا عن كونه منظما للمجتمع – تنحصر فى أمرين : الكشف عن الحقوق الموجودة فى المجتمع ، ثم فرزها وتحديد نطاقها . وعملية الكشف هى إظهار الحقوق من مصادرها،لأن القانون ينشىء =

الاجتماعى " على نقض فكرة العقد الاجتماعى ، وعلى نفى أن هناك حقوقا طبيعية لا يستطيع القانون أن ينال منها ، بل يرى أن القانون هو الذى يخلق الحق ويمنحه وينظمه ويستطيع أن يلغيه(١).وأيا ما كان الأمر فى حقيقة هذين المذهبين الفلسفيين ، فإن من ينظر إلى التشريعات الوضعية المختلفة يرى أن القانون هو الذى ينشىء الحقوق (٢) ، فهو مصدرها جميعا ، ومن ثم يستطيع المشرع أن يحد من اكتسابها وأن يقيد استعمالها ، وأن يلغيها فى بعض الأحيان،وإن لم يحدث أن مشرعا واحدا قد ألغى كل الحقوق(٣) ٠

ولا تقف أهمية فكرة الحق عند علم القانون ، بل تجاوزته إلى بقية العلوم الإنسانية الأخرى ، ويظهر ذلك بوضوح خاصة فى العصر الحديث . فمثلا نجد أن العلوم والأنظمة الاقتصادية والسياسية ، وقد ارتبطت بفكرة الحق ارتباطا وثيقا ، ولا نرى نظاما سياسيا فى العصر الحاضر إلا وقد تشدق بها وأظهر تقديسا خاصا لها (٤) . وخلاصة القول ، أن أهمية فكرة الحق لم تقف عند حدود علم القانون فحسب ، بل إنها تمثل عنصرا أصيلا فى بقية العلوم الإنسانية الأخرى التى ترتبط بعلم القانون عن طريق فكرة الحق ، وإن تقدم المجتمع ليقاس بمقدار نضوج فكرة الحق فيه ، ومدى اعترافه بها وحمايته لها . لذا كانت فكرة الحق معيار رقى المجتمع وتقدمه ، وميزانا دقيقا لمدنيته (٥) ٠

= حقا ولكنه يكشف عنه فى طيات الواقعة أو الإرادة . وأما المهمة الثانية للقانون فتنحصر فى فرز كل نوع من الحقوق ، وبيان حدود كل منها ، حتى تبرز معالمه ويتضح نطاقه ، وتصير حدود كل حق مرتبطة بمشروعية استعماله ... يتضح إذن أن مهمة القانون ليست فى خلق الحقوق ، وإنما فى الكشف عنها وتنظيمها " انظر بحث سيادته : ماهية الحق فى القانون الخاص ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣٣ ، العدد الرابع ، ص ١٩ – ٢٠ ٠

(1) Dabin (Jean) : le droit subjectif, Paris 1952, P. 51.

(٢) دكتور / محمد سلام مدكور : نظرية الحق ، طبعة ١٩٥٧ ، ص ٤ ٠

(٣) دكتور / أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، ص ٩ ٠

(٤) دكتور / عبد الهادى يونس العطافى : ماهية الحق فى القانون الخاص ، ص ٦٩٤ .

وانظر فى تفصيلات نطاق تطبيق فكرة الحق فى النظام الشيوعى :

- F onteyne (Jean) : Droit et justice en U. R.S.S., Paris 1946, P. 48.
- Zaslavski (D.) : la dèmocratie sovietique, paris 1946, P. 33 - 40.

(5) May (G.) : Elèments de droit romain, 9e èd, paris 1907, P. 232.

ويقول : " Petit " فى الالتزامات ، وما الحق إلا إحدى وجهيها : =

الحق فكرة واصطلاحا :

يعتبر ايضاح وبيان " الحق " من حيث كونه فكرة قانونية ومن حيث كونه إصطلاحا علميا من الأمور الهامة فى هذا الصدد ،وذلك حتى نتبين صدق دلالة اصطلاح " الحق " على " الفكرة القانونية " للحق (١) . وهذا الموضوع يتعلق بالفن التشريعى أو الصناعة القانونية " La technique juridique " . والواقع أنه لا يعنينا هنا من هذه الصناعة القانونية سوى ما يتعلق منها باستعمال الاصطلاحات القانونية التى تندرج كفرع تحت ما عرف باسم الطرق المعنوية (٢) . والمهمة الأساسية لهذا الفرع تنحصر فى أن يكون لكل شيء فى عالم القانون كلمة تبرز للكافة – فى دقة وإحكام – مدلوله القانونى ، وتكون ترجمة صحيحة للفكرة القانونية وتعبيرا صادقا لمدلولها ، وتكون الكلمة بمثابة رمز مميز لها عما سواها (٣) . وليس معنى هذا أن تكون اللغة القانونية متمشية دواما مع حرفية المعنى اللغوى للكلمة المعبر بها عن الفكرة القانونية (٤) ، فالمهم ألا يكون فى الاصطلاح الفنى مجال للإبهام أو الإلتباس فيما يحمله اللفظ من معنى دال على القصد والفكرة العلمية المحددة (٥) ، ومن هنا كانت دقة اللغة القانونية وأهميتها، لذا قال بحق" بنتام " : إن " ألفاظ القانون يجب أن توزن كما يوزن الماس " (٦) . ومما هو جدير

= "Plus une nation se civilise et plus le droit des obligations se developpe: d'où l'importance capitale de cette matiére, qui n'a cassé de se perfactionner depuis l'origine de Rome jusqu' à nos jours", Petit (Eugène) : Traitè èlèmentaire de droit romain, 6e èd., Paris 1909, P. 273.

(١) دكتور / عبد الهادى يونس العطافى : ماهية الحق فى القانون الخاص ، ص ٧١٨ .

(2) " Qu'il s'agisse des simples concepts, issus d'une configuration intellectuelle des rapports de droit, depuis leur reprèsentation en idèes adequates jusque'aux prèsomptions et aux fictions juridiques,que les ressources du langage (terminologie - phraseologie) intervcennent pour mieux fixer les contours de ces operations mentales". Geny (F.) : Science et technique en droit privè positif, T. 4, 1921, P. 63 et s.

(3) " Chaque mot n'est qu'un signe, il faut savoir de qui" . Capitant et autres ; Vocabulaire juridique, Paris 1936, P. 8.
- Geny (F.):Science et technique en droit privè positif, T.I, 1921, P. 102 - 103.

(4) " Faut - il que la langue juridique se rattache ou s'ècarte du langage ordinaire?, la première conception parait prefèrable, sitout au moi la prècision scientifique n'en souffre pas" Brethe De la Gressaye (J.) et Laborde - Lacoste (M.) : Introduction gènerale à l'ètude du droit, Paris 1947, P. 142.

(5) Geny (F.) : Science et technique en droit privè positif, T. 3, 1921, P. 450 - 451.

(6) Capitant et autres: Vocabutaire juridique, Paris 1936, P. 7.

بالملاحظة أن الاصطلاحات القانونية يتلقاها الخلف - وكأنها تركة مقدسة - عن السلف ، ولا يقدم الفقه - في سهولة ويسر - على تغيير اصطلاح قانوني إلا بعد دراسة عميقة وبحث دقيق واقتناع جدي بضرورة تغييره ، وفي هذا استقرار للصناعة القانونية وبالتالي استقرار لذات علم القانون (١) .

والحق ظاهرة قانونية منحدرة من ظاهرة اجتماعية هي علاقات أفراد المجتمع ، فكانت هذه سبب وجود تلك . ذلك أن أسباب الظواهر هي ظواهر أخرى سابقة عليها ، وعاملة على وجودها (٢) . فمن خلال علاقات الأفراد - تلك الظاهرة الاجتماعية البحتة - تنبثق أخرى هي ظاهرة قانونية بحتة ، تلك المعبر عنها بالحق . والظاهرة القانونية - ظاهرة غير ملموسة - في أمس الحاجة إلى التعبير عنها تعبيرا يميز ذاتها ويحدد مدلولها في عالم القانون (٣) . والفن التشريعي - وقد اتخذ من الفكرة القانونية كمادة أولية له - صبها في اصطلاح " الحق " كتعبير فني خاص بها دال عليها (٤) .

---

(1) Dabin (Jean) : le droit subjectif, Paris 1952, P. 8 - 9.
- Denogac (Renè) : Les notions fondamentales du droit privè, essai critique, Paris 1911, P. 321 et s.
- Geny (F.) : Science et technique en droit privè positif, T. 3, 1921, P. 242.
- Ionescu (Octavian) : La notion de droit subjectif dans le droit privè, Paris 1931, P. 23-24.
- Roguin (Ernest) : la science juridique pure, Paris - lausanne 1923, T.2, P. 297 - 298.

(2) " Auguste Comte admet avec Hume que les causes des phènomènes sont d'autres phènomènes qui les prècèdent invariablement,il admet avec Kent que nous ne pouvous rien connaitre des choses in se, des noumènes, et il dèclare que cette connaissance ne peut nous servir à rien ... la methode de Comte est la mèthode scientifique, et lui-meme dit que la philosophie positive a beaucoup d'analogies avec celle qui'après Newton, a ètè appelèe en Angleterre philosophie naturelle" Lioy (Diodato) : La philosophie du droit, Paris 1887, P. 56-57.

(3) Capitant et autres: Vocabulaire juridique, Paris 1936, P. 8.
- Geny (F.) : Science et technique en droit Privè positif, T.4, 1921, P. 183.

(4) Demogue (Renè) : Les notions fondamentales du droit privè, essai critque, Paris 1911, P. 322 et 334.
- Geny (F.) : Science et technique en droit privè positif, T. 4, 1921, P. 185.
- Motulsky (Henri) : Principe d'une rèalisation mèthodique du droit privè, la thèore des èlèments gènèrateur des droits subjectif, Paris 1948, P. 29.

وفكرة الحق وإن كانت قد ارتبطت في وجودها بوجود المجتمع ، إلا أن وجودها هذا لم يرتبط به الاصطلاح الفني الدال عليه . ذلك أن ظهور هذا الاصطلاح لا يتوقف على ذات وجود المجتمع ، ولكنه يتوقف على مدى تقدم المجتمع وخاصة من الناحية العلمية . لذا فإنه قد مر على الجماعة زمن ليس بالقصير عرف فيه الحق وجودا دون ما اصطلاح يعبر به عنه ، وما أن صبت الفكرة القانونية في قالبها الخاص بها والدال عليها عرف الحق وجودا واصطلاحا ، حتى وصلت فكرة الحق إلى المرحلة الثالثة وهي مرحلة وضع تعريف للحق . وهذا ما يتفق والمنطق وما تفرضه طبيعة الأشياء ، حيث توجد الفكرة القانونية أولا ، ثم يأتي دور البحث عن التعبير عنها باصطلاح مميز لها ، حتى يتسنى أخيرا وضع تعريف لها (١) .

فالحق – كفكرة قانونية – قد صيغت في اصطلاح " الحق " كترجمة فنية مميزة لها ومحددة لمدارها في عالم القانون . وكان هذا بمثابة تجسيد لفكرة الحق ، وقد وصل من الدقة والإحكام على مدلوله القانوني ما لم نجد – في جميع المراحل التاريخية – من أنكر ذلك ، كما أنه بلغ من العمومية والشمول ما جعل منه جنسا تندرج تحته أنواع كثيرة (٢) .

وإن كان اصطلاح " الحق " لا اعتراض على دقة انضباطه كتعبير فني للفكرة القانونية التي يرمز إليها ، فإن هناك من أنكر ذات وجود الحق ، أي لم يعترف بهذه

---

(١) دكتور / عبد الهادي يونس العطافي : ماهية الحق في القانون الخاص ، ص ٧٢٢ .

(2) " Le droit rèel et le droit de crèance et tous les autres droits ont ètè rattachès par la technique à une notion plus gènèrale : celle du droit subiectif, tous les pouvoires de droit, si diffèrents qu'ils soient les uns des autres prèsenteraient des caractères gènèraux communs, traduits par la notion de droit subjectif". Brethe De La Gressaye (J.) et Laborde - Lacoste (M.) : Introduction gènèrale à l' ètude du droit, Paris 1947, P. 147.

ومما هو جدير بالملاحظة – في هذا الصدد – أن لغتنا القانونية تمتاز عن مثيلتها الفرنسية التي لا تعرف إلا اصطلاحا واحدا هو " Le droit " لكل من " الحق " و " القانون " ، وللتمييز بينهما أصبح تقليدا في الفقه الفرنسي إضافة صفة لكلمة " Droit " للتفرقة بين القانون الذي عرف باسم " Droit objectif " والحق المعبر عنه بكلمة " Droit subjectif " . دكتور عبد الهادي يونس العطافي : ماهية الحق في القانون الخاص ، ص ٧٢١ .

الفكرة القانونية المعبر عنها بالحق ٠

وجود فكرة الحق :

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وبالتالى وجودها القانونى . بيد أن هذا الهجوم قد فشل فيما استهدفه من محو الاعتقاد فى وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة إلى اليوم لتمثل أحد الدعائم الأساسية الراسية فى الحياة القانونية (١) ٠

ورغم أن فكرة الحق تكاد أن تكون فى منأى من خطر إنكارها ، إلا أن تعرض الباحث فى الحق لمنكريه من الضرورة بمكان ، وذلك لأسباب ثلاث : **الأول** : أن إنكار الحق يمثل فى تاريخه طورا أو حلقة يجب ألا تسقط ، وإلا فقد الحق إحدى حلقاته التاريخية . **الثانى** : أنه يجب تخليص الحق – قبل دراسته – من كل ما يشوب صفاء جوهره أو يلقى ظلا من الشك على وجوده . **الثالث** : أن تيار منكرى الحق كان له من القوة ما جعله موضع دراسة الفقه حتى الآن ، خاصة نظرية العميد " **Duguit** " لعظم أهميتها وخطورة أثرها على المبادىء الراسخة فى القانون بصفة عامة وفكرة الحق بصفة خاصة ٠

أ – ففى أواخر القرن التاسع عشر هوجمت فكرة الحق فى وجودها القانونى مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسى٠"**Duguit** " (٢) . والمنهاج العلمى الذى انتجه هذا الفقيه – وهو المنهاج الذى لا يسلم إلا بما تسجله

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، طبعة ١٩٧١ ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٤٢٣ ٠

(٢) شهد مطلع القرن التاسع عشر فلسفة جديدة هى " الفلسفة الواقعية " ، حاولت أن تنفذ إلى كل الآفاق ، فتخضع لنهجها كل معرفة إنسانية دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو إرادية ٠

وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند الفقيه الفرنسى " **Duguit** " ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والإيمان وإعتنق منهاجها العلمى الواقعى الذى يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . فاجتهد فى إخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعى، =

المشاهدة وتؤيده التجربة – أدى بـه إلى محاولـة تطهـير القانون مـن كـل مـا يملأه مـن أفكار غير واقعية لا تستند إلى المشاهدة والتجربة ، وفـي مقدمتهـا " فكـرة الحـق " التـى يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة .

وقد بدا "Duguit " إنكار وجود فكرة الحق بإنكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التى تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره إنسانا . وهـو فـى سبيل ذلـك يهـاجم المذهـب الفردى الذى روج لوجود هذه الحقوق ، واتخذها أساسـا للقـانون حينمـا اعتبرهـا ثابتـة للفراد منذ عهد الفطرة الأولى "L'etat de nature" قبـل قيـام المجتمـع لأنهـا ملازمـة للطبيعة الإنسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتـة للفـرد بمقتضـى صفتـه الإنسـانية يعتـبره "Duguit " مجرد إدعاء يستحيل إثباته بدليل مادى محسوس . فضلا عن أن عهد الفطـرة الأولى الذى يتصور فيه وجود الفرد وحيدا فى عزلة تامة عـن بقيـة الأفراد ، لايعدو أن

= وتخليصه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادى محسوس ، وأسس فـى سـبيل ذلك مذهب " التضامن الاجتماعى " .

ولم يفتر " Duguit " فى كل مؤلفاته عن بيان منهاجه فى البحـث ، ووصفـه بانـه منهـاج واقعـى بحت ، وأن هذا المنهاج هو الكفيل وحده بتشييد نظرية علمية للقانون ، يختفى فيها التسليم ابتـداء بأصول ومبادىء أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهـد العقـل ، دون أن يقـوم عليهـا دليـل مـن الواقع المشاهد المحسوس ، فذلك عنده ضرب من الخيـال والأوهـام وتجاوز لدائـرة الواقـع المعلـوم حيث يسهل التثبت واليقين،إلىدائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس " le Mèthathysique " حيث يستعصى الحكم إلا بالفروض والظنون ، وهو مـا يتنزه عنـه العلـم الـذى يستلزم الإحكـام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغى أن تتوافر للقانون – توافرهـا لغـيره مـن العلوم – تحتم عنده إذن عدم الاعتداد والتسليم فيه إلا بما تسجله المشـاهدة " L'observation " وتؤيده التجربة " L'expèrience " .

ولم يكن ثمة مناص من أن يؤدى إتباع الفقيه " Duguit " هذا المنهاج الواقعى البحت ، إلى إحداث انقلاب شامل فى تصور القانون ، فينكـر كثيرا من الأسـس التى يقـوم عليهـا القـانون ، كفكـرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها شخصية الدولة ، وفكرة السـيادة ، وفكـرة الأصـول أو الموجهات المثالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية .

Duguit : Traitè de droit constitionel, T.I, 3e èd, 1927, P. XV-XVIII. et, Lecons de droit public gènèral, 1926, P. 34-36.

يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعى لا يستطيع الوجود إلا فى مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا إلا فى مثل هذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرفا إيجابيا وهو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا وهو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، ينهار – عند Duguit – ما يقيمه المذهب الفردى من تأسيس القانون على هذه الحقوق (١) .

وإذا كان " Duguit " ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد فى المجتمع . وإنكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة إرادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض إخضاع إرادة إنسانية هى إرادة فرد من الأفراد لإرادة إنسانية أخرى هى إرادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج فى المرتبة بين الإرادات الإنسانية تتمكن بمقتضاه الإرادات العليا من التسلط على الإرادات الدنيا وإخضاعها لأمرها (٢) . وهذا التدرج بين الإرادات الذى تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد فى واقع الحياة الاجتماعية ما يثبته ، بل إن هذا الواقع ينقضه ، إذ لا يشاهد فى المجتمع إلا إرادات فردية متساوية فى جوهرها ، مما يمتنع معه على القانون الوضعى إقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر ، فذلك لا يتأتى إلا من جانب قوة سماوية مهيمنة على البشر (٣) . ومن هنا إنتهى " Duguit " إلى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا لتصوير القائم على تسلط إرادة فردية على إرادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب إطراحها وتطهير الفقه القانونى منها .

(1) Duguit: Traitè de droit constitutional, T. I, 3e èd, 1927, P. 208 -213.

(2) Duguit: Traitè de droit constitutional, T. I, 3e èd, 1927, P. 208 -217 et P. 295-296.

(3) Duguit: Traitè de droit constitutional, T. I, 3e èd, 1927, P. 218 -219.

وإذا كان " Duguit " ينكر فكرة الحق على أساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده إلا القاعدة القانونية نفسها فى تطبيقها على الأفراد ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات ، بل الجميع فى الواقع - سواء من يقوم بالواجب ومن يفيد منه - إنما يخضعون فى ذلك للقاعدة القانونية . أى أن الأفراد - سواء كانوا فى وضع إيجابى أو سلبى لخطاب القاعدة القانونية - يوجدون فى مركز سواء بالنسبة إليها هو مركز الخضوع لحكمها (١) . فلا يبقى معنى إذن للقول بأنها تفرض واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصة وأنها لا تملك أن تمس فى قليل أو كثير إرادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هى تنقص من إرادة الأول ولا هى تزيد من إرادة الثانى . وبذلك يخلص " Duguit " إلى أنه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وإنما يوجد الأفراد فى مراكز قانونية معينة إيجابية وسلبية .

ولقد تصدى جانب كبير من الفقه لمذهب " Duguit " فى إنكار فكرة الحق (٢) ، ولعل أهم الانتقادات التى وجهت إليه فى ذلك هو نفس الانتقاد الذى وجه إلى أساس مذهبه ، فذلك المنهاج لا يصلح فى شأن العلوم التقويمية وفى مقدمتها القانون . ولذلك فإنكار " Duguit " فكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من أفكار ما وراء الطبيعة إنكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الإدعاء ، لأن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك إلى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع (٣) . كما أن إنكاره " Duguit " لحقوق

---

(1) Duguit: Traitè de droit constitutionel, T.I, 3e èd, 1927, P. 217-220.

(٢) راجع فى تفصيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد إنكار " Duguit " لها :

- Gèny : Science et technique en droit privè positif, T.IV, P. 175-187.
- Ionescu (Octavian) : La notion de droit subjectif dans le droit privè, Thèse, Paris 1931. Nos 12-13.
- Hassan Kira : La thèorie de l'abus de droit en droit francais et en droit ègyptien, thèse, Paris 1952. P. 48-51.

(٣) انظر فى تفصيلات نقد هذا المذهب :

دكتور /حسن كيره:المدخل إلى القانون ،ص١٣٥ومابعدها والمراجع العديدة التىأشار إليها سيادته ،

الإنسان الطبيعية ، لا تطعن فى الحقيقة فى وجود فكرة الحق نفسها ، وإنما يعنى فحسب رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب - كالمذهب الفردى - من قيام القانون على أساس الحق ، أو من وجود حقوق لا تستند إلى القانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الإنسانية (١) .

أما إنكار " Duguit " فكرة الحق فى ذاتها فيقوم على تصويره الحق تصويرا خاطئا يجر وراءه فساد النتائج التى رتبها عليه . فلا يفكر أحد كما يدعى " Duguit " فى اعتبار إرادة صاحب الحق إرادة ممتازه على غيرها من الإرادات ، بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة إلغاء أو إخضاع إرادات الآخرين ، إذ كل الإرادات الفردية متساوية فى جوهرها ، وإنما حقيقة الأمر أنه ليست إرادة صاحب الحق هى التى تلزم الغير بنفسها ، بل الذى يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الإرادة وخارجية عنها (٢) . وعلى ذلك فإن " Duguit " لا ينكر فى الواقع فكرة الحق نفسها وإنما ينكر تصويرا معينا لهذه الفكرة كسلطة إرادية لصاحب الحق على غيره من الإرادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذى يبسطه " Duguit " غير " Duguit " نفسه ، وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا ولا يمس جوهر الفكرة ذاتها (٣) . آية ذلك أن " Duguit " حين ينكر فكرة الحق وينكر التقابل بين " القانون " و " الحق " ، يقيم تقابلا آخر بين " القانون " وبين ما يطلق عليه " المركز

(1) Hassan Kira : La thèorie de l'abus de droit en droit francais et en droit ègyptien, thèse, Paris 1952, P. 38- 39.

(٢) فإذا كان للمقرض مثلا حق مطالبة المقترض برد القرض فى الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن إرادته تمتاز على إرادة المقترض ، وإنما لأن ثم وقائع بينهما سابقة على هذه المطالبة تكون مبررا لها ، وهى تسلم المقترض مبلغ القرض من المقرض وتعهده برده إليه . وإذا كان لمن صدمته سيارة فاصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن إرادة المضرور تعلو على إرادة محدث الضرر ، وإنما لأن خطأ محدث الضرر هو الذى يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض . دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٢٧ .

(3) Capitant (Renè) : L'imperatif juridique, Thèse, Paris 1928, P. 221.

القانونى " (١) . فإذا كان الحق كما يدعى ليس إلا القانون نفسه ، فما جدوى الحديث عن المركز القانونى ؟، أليس فى حديثه عن المركز القانونى-سواء كان إيجابيا أو سلبيا - ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه فى تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ . فإنه إذا كان الأفراد يوجدون كما يقول فى نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستوون فى الخضوع لأحكامه إما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات وإما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم فى واقع الأمر لا يستوون فى المركز تجاه بعضهم البعض ، إذ يوجد كل منهم فى مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أى أن مراكز الأفراد مختلفة متفاوتة ، فهم إما فى مركز المستفيد وإما فى مركز الملتزم المحمل بالأعباء (٢) . واقتصار " Duguit " على البصر بتساوى مراكز الأفراد تجاه القانون ، إنما كان على حساب إغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض (٣) . وإذا اتضحت حقيقة اختلاف الأفراد فى المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم فى مركز إيجابى وبعضهم فى مركز سلبى ، فإن ذلك يعنى العودة إلى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع إلى التقابل التقليدى بين الطرف الإيجابى للحق والطرف السلبى له . وبذلك ينحصر الخلاف بين " Duguit " وبين المدافعين عن الحق فى نطاق شكلى بحت ، وهو المفاضلة بين اصطلاح " المركز القانونى الايجابى " وبين اصطلاح " الحق " للدلالة على الفكرة التى جرى التقليد الفقهى على التعبير عنها بالاصطلاح الثانى . والتى بقيت فى حقيقة الأمر بمنأى عن الخلاف على جوهرها ووجودها (٤) . ولسنا نرى - مع جمهور الفقه - ما يدعو إلى

---

(1) **Ionescu (O.) : la notion de droit subjectif dans le droit privè, thèse, Paris 1931, P. 34 et s.**

(٢) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٢٨ .

(3) **Hassan Kira : la thèori de l'abus de droit en droit francais et en droit ègyptien, thèse, Paris 1952, P. 43-44.**

(٤) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٢٩ .

- Roubier (P.) : Le role de la volontè dans la creation des droits et des devoirs, in Arch. ph. dr., 1957, P. 31.

تفضيل إصطلاح " المركـز القانونـى الايجابى " الذى ابتكـره " Duguit " فاصطلاح " الحق " التقليدى - فضلا عن إيجازه الموضح لحقيقة الفكرة التى يعبر عنها - قد جـرى به الاستعمال منذ القدم ، حـتى رسخ واستقر فى الفقه القـانونى ، وشيوع الاسـتعمال وقدمه ، يبقى دائمـا هـو الفيصـل وصـاحب الكلمـة العليـا فى تغليـب اصطـلاح على اصطلاح آخر (١) .

ب - كذلك ذهب الفقيه النمساوى " Kelsen " إلى أن فكرة الحق تبـدو متعارضـة مع النظرية العامة للقانون (٢) . فهو يرى أن القانون هـو نظـام إكـراه يسـتند إلى قـاعدة كبرى ، وعلى ذلك فـإن القـول بوجـود قـاعدة شـخصية فرديـة أمـر افـتراضى لا يمكـن تصوره . والقول بأن الفرد مزود بسلطة قانونية ، يعنى أن بعض أعمال هذا الفـرد طبقـا للقاعدة القانونية ، تساهم فى تطبيق القانون ، فليس للأفراد سـلطة باعتبـارهم كذلـك ، ولكن أعمالهم أو امتناعهم المحدد بدقة بواسطة القاعدة القانونية هو الذى يمثـل مضمـون القاعدة ويدخل فى الاعتبار بهذا الوصف . فقاعدة القانون من زاوية تطبيقها على الفرد لا تنشىء سوى التزام قانونى ، هو وجوب سلوك معين ترغب الدولة فى أن يتبـع ، وإلا فإن فردا آخر - هو ممثل الدولة - يجب عليه أن يجبر الأول على ذلك ، والقـاعدة التى تنظم ذلك الاجبار تضع شـرطا لتطبيقـه ، هـو وقـوع السـلوك المخـالف للسـلوك الـذى تفرضه قاعدة سابقة . ففى كل هذا لا يوجد سوى الواجب وليس هناك لأحد حق (٣) وبناء على ما تقدم يرى " Kelsen " أن الحق باعتباره امتياز أو مـيزة للفرد ، هو فكرة

---

(1) Gèny : Science et technique en droit privè positif, T. IV, P. 184.

(٢) انظر فى تفصيلات رأى الفقيه " Kelsen " :

- Kelsen (H.) : Apercu d'une thèorie gènèrale de l'Etat, in Rev. dr. public et de science polit., 1926, P. 561-648.
- Roubier (P.) : Thèorie gènèrale du droit, P. 64 et s.
- Prevault (J.) : La doctrine juridique de Kelswn, 1965, in Annales de L'Uni du Lyon, P. 7 et s.

(٣) دكتور / عبد المنعم البـدراوى ، دكتور / فتحـى عبد الرحيـم عبـدالله ، دكتـور / أبـو زيـد عبد الباقى : المدخل للقانون ، نظرية القانون ونظرية الحق ، طبعة ١٩٧٩ / ١٩٨٠ ، الناشـر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٣١٥ .

تنتمى إلى ما وراء الطبيعة وتخرج عن نطاق القانون ، ولا يمكن إعطاؤها مكانا فيه . ومع ذلك أجبر " Kelsen " على أن يقر فى نطاق القانون الخاص بوجود حق شخصى من خلق قاعدة فردية ، ولكن على أساس القانون وبصفته اختصاص (١) ، وفى هذه الحدود تكون الإرادة الفردية خلاقة للحق على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذى يسمح للأشخاص بتحقيق رغباتهم عن طريق العقود ، ولكى يبرر هذه القاعدة الفردية فى النظام القانونى للقواعد ، اعتبر أن إنشاء العقود قد أجرى فى درجة تالية ، فتولد القاعدة بعضها البعض ، الأمر الذى يضعنا أمام قاعدة أن القانون هو الذى يعطى العقود قوتها الملزمة ، وينتهى إلى وجود نوع من الإنابة من القانون للأفراد فى إنشاء الحقوق . والواقع أن " Kelsen " لم يقبل الحق الشخصى إلا باعتباره حق إنعكاسى ، انعكاس للإلتزام الذى أملته القاعدة على عاتق فرد أو كل الأفراد بأن يسلكوا قبل فرد آخر بطريقة محددة ، وهكذا فإن المركز القانونى الشخصى وجد هنا وقد تحول إلى قاعدة قانونية حقيقية . وهذا هو الذى يفسر قوة العقد الملزمة .وعمليا فإن مثل هذا التحول لم يغير من الأمر شىء ، والنقاش يبدو نقاش كلمات فيستوى أن يقال أن العقد يولد حق شخصى أو قاعدة فردية (٢) .

جـ - أما الفقيه الفرنسى " Josserand " فيرى أن فكرة الحق تمحى واجبات الأفراد قبل المجتمع ، وأن الحقوق الشخصية المدعاة لم تمنح للأفراد إلا ليقوموا ببعض الوظائف الاجتماعية ، ويعتبر أن نظرية القانون بأكملها تقوم على النسبية المعتبرة فى علاقاتها بهدفها ، فالمجتمع يضع الأنانية الفردية فى خدمة الجماعة (٣) . فقد صور الحق الشخصى كتعبير عن الفردية المبالغ فيها التى تؤدى بعلم القانون ، نحو إرضاء المصالح الفردية الأنانية للأشخاص ، وعلى العكس من ذلك أهمل التفكير الضرورى فى أن

---

(1) Dabin (J.) : Le droit subjectif, 1952, P. 21.
- Dabin (J.) : Thèorie gènèral de droit, 1944, Nos 131 et s.

(٢) دكتور / عبد المنعم البدراوى ، دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / أبو زيد عبد الباقى : المدخل للقانون ، ص ٣١٦ .

(3) Josserand : De l'esprit des droits et leur relativitè (Thèorie dite de l'abus des droits), 1939, P. 368 et s.

الإنسان عليه واجبات ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى ، فإن تدهور الحق يرجع ضمنا إلى الفكرة التي لا غنى عنها " الهدف الاجتماعي للحق " ، فكل عمل للفرد يجب أن يشارك تماما في تحقيق مصلحة المجتمع . وقد وصفت فكرة الحق الشخصي بأنها تحابي الاستغلال المطلق للحقوق الرسمية ، وبالتالي أهملت مقتضيات العدالة ، والأسس الأخلاقية للعلاقات الإنسانية ، وكذلك حماية الضعفاء اقتصاديا (١) .

ويرى البعض أن هذا الاتجاه الاشتراكي للحق غير متصور ، فإن الاستئثار والتسلط لا يوجدا إلا إذا كانا مطلقان ، ولم يخرجا عن وظيفتهما وهي إشباع المصالح الخاصة . فإسناد دور أو هدف اجتماعي للحق يعني إلغاء مقوماته أي إلغاء الاستئثار والتسلط . بيد أن هذا الرأي لا يمكن الدفاع عنه حيث أن الحق المعاصر هو " حق شخصي اجتماعي " إلى حد كبير (٢) . فلم يعد ممكنا أبدا تصوير الميزة التي تخول الاستئثار والتسلط والتي تسمى بالحق على أنها مطلقة ، لأنها تستمد قيمتها القانونية من القاعدة الموضوعية التي تحدد مداها في علاقاتها بالحقوق الأخرى للأفراد والجماعة . فوجود الفرد حقيقة غير منكورة ، ولكن عيشته في مجتمع منظم مهمته أن يمنح مع قاعدة المصلحة العامة الحقوق والحريات لكل على حدة ، وهذه حقيقة غير منكورة أيضا ، ومن هنا لا يمكن أن يؤخذ الحق على أنه مطلق سواء في ذاته من وجهة نظر قواعد الأخلاق أو الفلسفة أم في علاقته بالقانون (٣) . و " سافيني " نفسه زعيم المذهب الشخصي ، لم يصور الإرادة الفردية أو الحق على أنه أعلى من القانون ، ولكنه محدد بحدود يرسمها القانون ، وداخلها توجد المنطقة التي يكون للفرد فيها سلطان في رأيه . وعلى ذلك يعد صحيحا القول بوجوب أن يكون لكل حق هدف اجتماعي ، وأن هذا الهدف الاجتماعي لا يتضمن إطلاقا إلغاء لكل قوة خلاقة للإرادة والحرية . لأن القانون في هدفه النهائي يأخذ في الحسبان وجود الفرد والمجتمع ، وهكذا يقيم نوعا من التوزيع للحريات

---

(١) دكتور / عبد المنعم البدراوي،دكتور / فتحي عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / أبو زيد عبد الباقي : المدخل للقانون ، ص ٣١٧ .

(2) Dabin (J.) : Le droit subjectif, 1952, P. 54.

(3) Ripert (G.) : Abus ou relativite des droits, 1929.

والحقوق . فيمنح للأفراد مخصصات واختصاصات يكونوا أحرارا فى التصرف فيها تحت رقابة وفى الحدود المقررة بواسطة القانون (١) . ونعتقد أن الفقيه " Josserand " قد وضعنا مرة أخرى أمام مسألة خلاف فى الاصطلاح القانوني ، فإنه إذا كان قد أنكر الحق المطلق الأنانى ، إلا أنه دافع مع ذلك عن نظرية الحقوق النسبية ، حيث قال : " الحق يجب أن يعطى للإنسان لتحقيق أهداف اجتماعية " ، وهذا فى رأينا لا يعنى أكثر من تحديد لنطاق الحق .

من كل ما تقدم نخلص بأن فكرة الحق تستعصى على الرفض والإنكار ، وأن الاتجاه المنكر لتلك الفكرة لم يفلح فى هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها ، فظل الفقه فى غالبيته الكبرى مؤمنا بها وبمكانها فى عالم القانون (٢) . وبذلك نستطيع أن نقول : " إن وجود فكرة الحق قد اصبح اليوم من الحقائق المسلمة فى فقه القانون ، بل أن هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهريةلا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصيغة القانونية " (٣) .

---

(١) دكتور / عبد المنعم البدراوى ، دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / أبو زيد عبد الباقى : المدخل للقانون ، ص ٣١٨ .

(2) Règlade: Valeur sociale et concepts juridiauc, norme et technique, 1950, P. 82-92.

(٣) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٢٩ .

- Hassan Kira : La thèori de l'abus de droit en droit francais et en droit ègyptien, Thèse. Paris 1952. P. 54-62.

" والواقع أن الفقه الذى أقام ودافع عن فكرة الحق ، لم يفعل أكثر من تقرير حقيقة قانونية موجودة فعلا ، وهى الميزات أو المكن المخصصة للأفراد والمضمونة بواسطة النظام القانونى الوضعى " ، دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، دكتور / رمزى فريد مبروك : المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الثانى ، نظرية الحق ، طبعة ١٩٩٦ /١٩٩٧ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٢٠ .

وانظر فى الحق باعتباره من خلق الفقه :

- Eisenman : Une nouvelle conception du droit subjectif, Rev. dr. publ, 1954, P. 769.
- Longchamps (F.) : Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine, in A.P. D. , 1964. P. 45 et s.

تعريف الحق :

لعل من أكثر مسائل القانون التى كثر فيها القول واحتدم الجدل ، مسألة تعريف الحق . وإذا كانت التعريفات التى قيل بها من الكثرة بحيث يصعب حصرها ، فقد جرت عادة الشراح على تصنيف الاتجاهات العامة فى تعريف الحق فى ثلاث طوائف ، يطلق عليها نظريات أو مذاهب : النظرية الشخصية أو نظرية الإرادة ، والنظرية الموضوعية أو نظرية المصلحة ، وأخيرا نجد إتجاها ثالثا يجمع أنصاره بين النظريتين السابقتين ويطلق عليه النظرية المختلطة .

أ - النظرية الشخصية :

الحق وفقا لهذه النظرية هو " قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص فى نطاق معلوم " (١) . وهذه النظرية هى أقدم النظريات ، ولهذا توصف بأنها النظرية التقليدية .وأشهر أنصارها فقيهان ألمانيان هما " وينشيد Windchied " و " سافينى Savigny " (٢) وتتصل هذه النظرية إتصالا وثيقا بالمذهب الفردى وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة (٣) . وفى عرض ماهية الحق يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن القانون إذ ينظم سلوك الأفراد فى المجتمع يحدد لكل شخص النطاق الذى تسود فيه إرادته مستقلة عن كل إرادة أخرى ، ففى هذا النطاق يوجد الحق (٤) .

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٣١ .

(2) Savigny : Traitè de droit romain, T.I, Paris 1856, P. 7.

(٣) يطلق على هذه النظرية " نظرية الإرادة " ، باعتبار أن القدرة التى هى جوهر الحق هى قدرة للإرادة . كما يطلق عليها " النظرية الشخصية " نظرا إلى أن أنصارها يعرفون الحق بالنظر إلى صاحبه ، ذلك أن تعريف الحق بأنه قدرة إرادية يعنى أنه يعتبر صفة تلحق الشخص صاحب الحق تجعل إرادته متمتعة بقوة بالنسبة لأعمال معينة . دكتور / منصور مصطفى منصور : المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثانى ، نظرية الحق ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ٩ .

(٤) راجع فى تفصيلات هذه النظرية :

- Ionescu (Octavian) : La notion de droit subjectif dans le droit privè, Thèse, Paris 1931, Nos 40 et s.
- Saleilles : De la personnalitè juridique, 2e èd, 1922, P. 524 et s.
- Duguit : Traitè de droit constitutionnel, T.I, 3èmc èd, 1937, No. 25.
- Dabin (Jean) : Le droit subjectif, 1952, P. 56 et s.

وهذه النظرية كانت محلا للنقد ، خاصة من الفقيه الألماني " إهرنج Ihering " فتعريف النظرية للحق بأنه " قدرة إرادية " يتنافى مع ما هو مستقر في الشرائع من أن لعديمي الإرادة حقوقا كما لحائزيها سواء بسواء ، فالمجنون والصغير غير المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الإرادة ، وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه ودون تدخل إرادته كالغائب مثلا (١) . وفضلا عن ذلك فإن هذا الاتجاه في تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية ، إذ لو قيل بأن للأشخاص الطبيعية إرادة تكون مناطا لما يثبت لهم من الحقوق ، فمن العسير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية إرادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالي . هذا هو النقد الجوهري الذي يوجه إلى النظرية الشخصية التي – كما يرى الناقدون – قد خلطت بين جوهر الحق وبين إعماله أو مباشرته فالحق لا يفترض لوجوده قدرة إرادية لدى صاحبه ، بل إن مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه

---

(١) حاول " وينشيد" رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول بأن الإرادة المقصودة هي إرادة القانون أو المشرع لا إرادة صاحب الحق .ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه من التناقض ما يكفي لهدم نظريته في اعتبار الحق " قدرة إرادية ".ويرىالناقدون لتلك النظرية أن هذا التبرير غير مقنع ، فالشخص عديم الإرادة يعتبر غير صالح حتى لتلقي إرادة القانون.انظر في تفصيلات ذلك النقد :

- Dabin (Jean) : Le droit subjectif, 1952, P. 60 - 61.
- Duguit : Traitè de droit constitonnel, T. I, 3ème èd, 1937, P. 277-278.

وقد حاول البعض تبرير النظرية بالقول بأن " القانون يتكفل بتعويض النقص الموجود في الإرادة فيخول الولي أو الوصي أو القيم ممن تتوافر لديهم القدرة الإرادية ، سلطة القيام بما يمتنع على صاحب الحق أن يقوم به . فيعمل النائب من هؤلاء باسم الأصيل بحيث تنصرف آثار عمله إلى شخص صاحب الحق ".دكتور / عبد المنعم فرج الصدة : النظرية الحق ، طبعة ١٩٤٩ ، ص ٨ .

وقد قيل – بحق – ردا على ذلك أنه " لو كان جوهر الحق هو السلطة الإرادية لوجب القول بأن الحق لا يكون لطفل أو المجنون ، وإنما للولي أو الوصي أو القيم ، فإرادته هو – لا إرادة الطفل أو المجنون – هي التي يعتد بها القانون ، وهذا غير مقبول . كما أنه قد يكون للطفل أو المجنون مال فلا يعين له وصي أو قيم ، فهل معنى هذا أنه مجرد من كل حق ، أو ليس له – على الأقل – الحق على كيانه الجسدي فلا يجوز الاعتداء عليه ؟ " . دكتور / إسماعيل غانم : محاضرات في النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ١٠ .

القدرة ، وإن افترضتها في بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة إرادية ، لأن مباشرة الحق لا تختلط بوجوده (١) . وبذلك لا نرى في الاتجاه الشخصي في تعريف الحق ما يقنع بالإنحياز إليه أو إتباعه ٠

ب - النظرية الموضوعية :

الحق وفقا لهذه النظرية هو " مصلحة يحميها القانون " (٢) . وقد قال بهذه النظرية الفقيه الألماني " إهرنج Ihering " ، فقد أنكر " إهرنج " تأسيس الحق على الإرادة ، لأن الحق كما يثبت لذوى الإرادة يثبت لعديمها على السواء ، ولأن العبرة ليست بإرادة تنشط أو تسود - حيث أن إرادة الولى أو الوصى هى التى تنشط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولى أو الوصى - وإنما تكون العبرة بالغرض الذى قد تنشط الإرادة من أجله ، والإرادة لا تنشط إلا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب ٠ فالمنفعة أو المصلحة إذن - لا الإرادة - هى جوهر الحق (٣) . والمصلحة التى تعتبر - وفقا لهذه النظرية - جوهر الحق قد تكون مالية وقد تكون أدبية ، ومن المصالح الأدبية ما يتعلق بشخصية الفرد وحريته وشرفه والاعتبارات المتعلقة بأسرته (٤) . ولئن كان " إهرنج " يعتبر المصلحة هى جوهر الحق ، فقد أضاف إليها عنصرا آخر هو عنصر الحماية القانونية التى تسبغ على هذه المصلحة ، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الحق إلى تحقيقها وإدراكها . وبذلك يقوم الحق على عنصرين : عنصر جوهرى موضوعى يكمن فيه الهدف العملى للحق وهو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلى يوفر لهذا

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٣٢ ٠

(٢) يطلق على هذه النظرية " نظرية المصلحة " باعتبار أن جوهر الحق عند أنصارها هو المصلحة ، كما يطلق عليها أيضا " النظرية الموضوعية " نظرا إلى أن أنصارها يعرفون الحق بالنظر إلى موضوعه . والواقع - كما يقول الأستاذ الدكتور / منصور مصطفى منصور - أن المصلحة ليست موضوع الحق ، بل هى هدفه أو غايته ، أما موضوع الحق فهو قيمته أو بتعبير أدق ماله قيمه . انظر مؤلف سيادته : المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثانى ، نظرية الحق ، ص ١١ ٠

(3) Ihering : L'esprit du droit romain, Trad. par Meulenaere, 1877, P. 328 et s.

(٤) دكتور / منصور مصطفى منصور : المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثانى نظرية الحق ، ص ١٢ ٠

الهدف وسيلته وهو عنصر الدعوى (١) .

وقد صادفت هذه النظرية بداءة قبولا فى الوسط القانونى أكثر مما صادفته النظرية الشخصية ، بيد أنها لم يكتب لها الغلبة فى النهاية فى الفقه الحديث نظرا لما وجه إليها من نقد . وأول ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تعتبر المصلحة هى معيار وجود الحق ، بينما هى ليست كذلك دائما ، فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح ، إذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح مالا يرتفع إلى مرتبة الحقوق (٢) . وبذلك فإن المصلحة لا تصلح معيارا للحق ، فضلا عن أن المصلحة هى الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه لا التعريف بغايته أو هدفه ، فالمصلحة إذن إن كانت تصلح بيانا لهدف الحق ، فهى لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق فى ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته . فكأن الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق إنما يدور فى واقع الأمر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها (٣) . كذلك فإن المصلحة عند " إهرنج " لا تكون حقا إلا إذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى ، فكأن وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفيصل فى وجود الحق ، وكأن الوسيلة إذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك مالا يمكن التسليم به ، فليست الدعوى بمميز لوجود الحق ، وإنما هى مجرد وسيلة لحمايته ، فهى بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها إذن معيار وجوده ؟ . فالواقع أن الحق لا يعتبر حقا

(1) Ihering : L'esprit du droit romain, Trad. par Meulenaere, 1877, P. 326 et s.

(٢) هناك أحوال تتحقق فيها حماية القانون لبعض المصالح دون أن ترتفع تلك المصالح إلى مرتبة الحقوق . من ذلك مثلا مصلحة أصحاب المصانع الوطنية فى تحقيق الربح ، فقد تتحقق حماية هذه المصلحة إذا ما صدر قانون يفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية منعا لمنافستها للصناعات الوطنية . وليس معنى ذلك أن لأصحاب المصانع الوطنية حقوقا فى منع المنافسة الأجنبية وفى تحقيق الأرباح ، إذ أن حماية مصالحهم الخاصة لم تكن مقصودة لذاتها ، بل قصد المشرع من فرض الرسوم الجمركية حماية الاقتصاد الوطنى ، أما حماية أصحاب المصانع فقد جاءت عرضا دون أن تقصد بالذات .

- Michoud : La thèorie de la personnalitè morale et son application au droit francais, 3e èd, 1932, T.I, P. 106.

(3) Saleilles : De la personnalitè juridique, 2è èd, 1922, P. 541-545.

- Duguit : Traitè de droit constitutionnel T.I, 3ème èd, 1937, P. 284.

لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القـانون يحميـه بدعـوى لأنـه حـق (١) والخلاصة أن النظرية الموضوعية عاجزة عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماتـه الجوهريـة وخصائصه الذاتية ، فهى تسلك فى هذا التعريف مسلكا معيبا حين تعـرف الحـق بأشـياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحـــة وهـــى الغـرض منـه ، والدعـوى وهـى وسـيلة حمايتـــه (٢) .

جـ - النظرية المختلطــة :

إتجه جانب كبير من الفقه إلى محاولة التوفيق بين النظريتين السابقتين فى تعريـف الحـق والجمع بينهما ، وعرفوا الحق بأنه إرادة ومصلحـة فـى آن واحـد . غـير أن أنصـار هـذا الاتجاه المختلط فى تعريـف الحـق ، إن كـانوا سـواء فـى الجمـع بـين الإرادة والمصلحـة ، فليسوا سواء فى أى العنصرين تكون له الغلبـة . فبعضهـم يغلـب دور الإرادة علـى دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه " القدرة الإرادية المعطاة لشخص مـن الأشـخاص فـى سـبيل تحقيق مصلحـة يحميهـا القـانون " (٣) . والبعـض الآخـر يغلـب دور المصلحـة علـى دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه " المصلحة التى يحميها القانون وتقـوم علـى تحقيقهـا والدفـاع عنها قدرة إرادية معينـة " (٤) .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط غير مقبول كالاتجاهين السابقين ، فإذا كان الحق لا يفترض وجود قدرة إرادية لدى صاحبه ،كما أنه ليـس المنفعـة أو المصلحـة التـى تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقى أيضـا رفـض الاتجـاه المختلـط الذى يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحـة وقـــدرة إراديـة معـا لـدى صـاحـب الحـــق (٥) .

---

(1) Dabin (Jean) : Le droit subjectif, 1952, P. 69.

(٢) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٣٣ وما بعدها .

(3) Ionescu (Octavian) : La notion de droit subjectif dans le droit privè, Thèse, Paris 1931, P. 94.

(4) Michoud : La thèorie de la personnalitè morale et son application au droit francais, 3è èd, 1932, T. I, P. 107.

(٥) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٣٦ .

د - التعريف المختار للحق :

إذا كانت الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة فى شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وغيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة ، لذلك نرى أن أفضل تعريف للحق هو الذى يبرز عنصر السلطة التى منحت لصاحب الحق بقصد تحقيق مصلحة يقرها القانون ويعترف بها . لذلك ننتهى إلى أن نأخذ بالتعريف الذى يقول أن " الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يقرها القانون " (١) .

خطة الدراسة :

إذا كان الفقه لم يدخر جهدا فى دراسة فكرة الحق وبذل جهدا مشكورا وقدم لنا عونا صادقا فى سبيل إيضاح هذه الفكرة ، إلا أنه لم يول أية عناية بناحيته التاريخيه . فقد نعثر فى بعض الأحيان على بعض أجزاء من حلقات تاريخ الحق ، كفتات مبعثرة ، وبذلك فهى لا تعطينا صورة كاملة عن التطور التاريخى لفكرة الحق . مما جعل الحاجة ملحة إلى ضرورة تلافى هذا النقص ، والعمل على دراسة تاريخ الحق ، كموضوع له وحدته التاريخية المستقلة . إن لكل شيء تاريخا وليد ظروف خاصة به ، وفكرة الحق بالغة الأهمية ، فليكن من دراسة تاريخها معيارا لتحديد مدى أهميتها فى عالم القانون . وما التاريخ إلا إطار تتضح فيه صورة من تكامل تاريخه ، ولا اكتمالال لصورة أجزاؤها

---

(١) دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعه : دروس فى مبادىء القانون ، طبعة ١٩٩٣ ، ص ٢٠٤ .

بعد عرض انتقادى للنظريات الثلاثة فى تعريف الحق ، اقترح الفقيه البلجيكى " دابان Dabin " تعريفا جديدا ، أخذ به كثير من المحدثين من الفقهاء المصريين مع بعض الخلاف حيث نجد فروقا تفصيلية بين تعريف وآخر . وعلى ضوء تحليل عناصر الحق ، إنتهى " دابان " إلى تعريفه بأنه "ميزة يمنحها القانون لشخص ويضمنها بوسائله ، بمقتضاها يتصرف فى قيمة منسوبة إليه باعتبارها له أو مستحقة له " .

" Le droit subjectif est la prerogative, concedèe à une personne par le droit objectif et grantie par des voies de droit, de disposer en maitre d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme du". Dabin (Jean) : Le droit subjectif, 1952, P. 105.

مبعثرة ومختلطة بموضوعات متفرقة . لأن فى تفتيت مرحلة - أو التعرض لها دون ربطها بسابقتها والتى تليها - أو دراستها مع تاريخ الموضوعات القانونية الأخرى كل ذلك من شأنه أن يفقد الحق مظاهر وحدته التاريخية ، وما يجب أن تكون من عناية الفقه بها ، وتخصيص الدراسات لها ، ليظهر كيانها التاريخى المستقل كموضوع قائم بذاته ، غير ذائب أو مغمور فى الموضوعات القانونية الأخرى . فإذا أضيف أن جذور الحاضر تعيش فى ماضيه ، وتاريخ الشيء يحوى من الحقائق ما يفسر حاضره ، اتضح - لكل باحث فى الحق - ضرورة التعرض لتاريخه ، ليتتبع مراحله ويقف على مختلف أطواره . فالحاضر وليد الماضى ووالد المستقبل ، لأن كل مرحلة تاريخية تعتبر امتدادا لسابقتها وتهيئة للتى تليها ، ينحدر إليها - من سابقتها - ما يكون دعامة وجودها وبتفاعله مع ظروف حاضره ، يمد المستقبل - كخلف - بما يتوائم ومقتضياته الجديدة ، ويبقى لنفسه - كسلف - ما لايتفق وظروف خلفه ، ليكون فى التاريخ ممثلا حلقة اتصال بين تسلسل ماض بعيد ومستقبل قريب . لذلك كانت الدراسة التاريخية لموضوع أى بحث من الأهمية بمكان " لأن الحاضر مرتبط إرتباطا عميقا بالماضى ، ولا يمكن أن يعطى نتائج صادقة إلا بالمحافظة على هذا الرباط " (١) .

وإذا كان من غير المجدى - فى الواقع - الوقوف عند العهود السحيقة لقلة ما وصلنا عنها من معلومات متناثرة لا تلقى الضوء على فلسفة وتاريخ فكرة الحق ، إلا أن أهم مراحل فلسفة وتاريخ فكرة الحق والتى يمكن إعطاء صورة صحيحة متكاملة لها نجدها عند الرومان (٢) .

---

(1) Bonnecase (Julièn) : Introduction a lètude du droit, Paris 1928, P. 6.
- Capitant (H.) : Introduction a l'ètude du droit civil, 4è èd, Paris 1921, P. 18.
- Chènon (Emile) : Histoire gènèrale du droit francais public et privè des origines à 1815, Paris 1929, T. I, P. 1, 9 - 10.
- Dlivier - Martin (Fr,) : Histoire du droit francais des origines à la Revolution, Paris 1951, P. VIII, IX.

(٢) فكرة الحق لم تتضح جوانبها بصورة تبرز كيانها القانونى بما يضبط معالمها الدقيقة فى القانون الخاص عند الإغريق،ويرجع ذلك إلى أن الإغريق كانت تغلب عليهم الفلسفة السياسية، فطغت=

وعلى ذلك فسوف نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة أبواب : فى الباب الأول : نقوم ببحث أنواع الحقوق ومصادرها ، وفى الباب الثانى : نقوم ببيان أركان الحق ، وفى الباب الثالث : نقوم بإيضاح طرق حماية الحق ووسائل انقضائه .

= بدورها على المعايير الفقهية الصحيحة ، فكانت لهيمنة الفكرة السياسية – عند الإغريق – أثر على سلامة الفكرة القانونية للحق .

- Lioy (Diodato) : La philosphie du droit, Paris 1887, P. 294 et s.
- Villey (M.) : Lecons^ d'histoire de philosophie du droit, Paris 1962, P. 24 et 234.

الباب الأول
أنواع الحقوق ومصادرها

لا نجد في كتابات الفقهاء الرومان تعبيرا مرادفا للفظ العربي " الحق " ، فهم كانوا يستعملون تعبير " Jus " للدلالة على القانون وعلى الحق ، مثلهم في ذلك مثل كثير من القوانين الحديثة (١) . ونتيجة لذلك بقى " الحق " في القانون الروماني دون اصطلاح

---

(١) ففي القانون الفرنسي نجد لفظ " droit " يستعمل للدلالة على القانون وعلى الحق ، غير أنه يوصف في الحالة الأولى " droit objectif " ويقال عنه في الحالة الثانية " droit subjectif " وما هذا إلا مثلا من أمثلة فقر اللغة الفرنسية . وقد أوضح ذلك العلامة " كابيتان " بقوله :

" Le seul chose que l'on puisse dire, c'est que notre langage juridique est pouvre.. La preuve s'en trouve dans le fait qu'elle contient beaucoup de mots a sens multinles". Capilantet et autres:Vocabulaire juridique, Paris 1936, P. 8-9.

وفي الواقع فإن لفظ " droit " في اللغة الفرنسية ، ولفظ " diritto " في اللغة الايطالية ، ولفظ " derecho " في اللغة الأسبانية ، وما يشابه ذلك من تعبيرات في اللغات الحديثة المأخوذة عن اللغة اللاتينية ، ليست مأخوذة من الاصطلاح اللاتيني " Jus " بل من اصطلاح آخر ظهر في بداية العصور الوسطى هو اصطلاح " direclum " ، وهذا الاصطلاح هو الذى حل محل الاصطلاح اللاتيني " Jus " .

والرأى السائد يرى أن هذا التغيير كان مجرد تغيير في الاصطلاح . وقد حاول بعض الشراح تفسير هذا التغيير في الاصطلاح المستعمل بأنه تغيير في جوهر فكرة القانون . فقالوا بأن تعبير " Jus " كان يستعمل في الوقت الذى كان ينظر فيه إلى القانون على أنه تعبير عن إرادة السلطة العامة بقصد إلزام الناس به . وكان هذا هو السائد منذ العصر الإمبراطورى . ولكن – تحت تأثير المسيحية – ظهر إتجاه يقضى بضرورة مطابقة القواعد القانونية لمثل عليا هى القانون السماوى ، وتمشيا مع هذا الاتجاه ظهر تعبير " directum " ومعناه اللغوى يشير إلى التوجيه والإرشاد . ولكن هذا الاتجاه لم يلق رواجا بين الشراح .

انظر في تفصيل ذلك :

- Gaudemet : Cours de droit romain approfondi, Paris 1949-1950, P. 100.

دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني ، طبعة ١٩٦٥ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٢٧٥ .

=

دال عليـه ، مميز لجنس الفكرة القانونية عمن سواها فى دنيا القانون (١) •

والرأى الغالب بين شراح القانون الرومانى المحدثين أن القانون الرومانى القديـم كـان يجهل فكرة الحق ، ولذلك لانجد مـن فقهـاء الرومـان مـن تعـرض لفكـرة الحق بالشـرح والتحليل ، ودراستها دراسة تحليل وتأصيل على أسس من فلسفة القانون . ففكرة الحـق لم تكن قائمة فى القانون الرومانى على أساس من الفلسـفة تسـتمد منـه تفسـير وجودهـا ووضوح مفهومها (٢) •

= ويذهب جانب من الفقه إلى أن كلمة " Jus " لا تعنى كلمة " حـق " بمفهومـه الحديـث ، فضـلا عن صعوبة ترجمتها إلى لغة حديثة •

انظر فى تفصيلات ذلك الرأى :

- Villey (M.):Lecons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1962, P. 172 - 174, v. aussi, P. 222, 226, 227, 230.

وقد أوضح الأستاذ (Villey) فى ص ٢٩٩ من نفس المؤلف أن : " النظرية الرومانيـة أغفلـت كلية أن (Jus) يمكن أن تعنى حـق ، وأن هـذا النقـص ظهـر بشـكل واضـح طـوال تفسـيرات القرون الوسطى . وأن نفس مجموع فتاوى الرومان – التى كانت تمر سريعا على هذه النقطـة – كانت توحى بمعنى جوهرى لفكرة (Jus) " العادل ، موضوع العدل " ، وأن هذا الأخـير يجـد مصدره فى الطبيعة ، وفى القوانين المدنية ، وأمر البريتور أو الحاكم " •

وانظر كذلك دكتور / عبد الهادى يونس العطافى : ماهية الحق فى القانون الخاص،ص٦٨٩ •

(١) وفى ذلك يقول الأستاذ " Villey " :

" On s'est bien souvent ètonnè de constater l'extrème pauvretè du vocabilaire romain en matiere de droit subjectif. Bien longtemps il n'a existè à Rome qu'un unique droit subiectif, exprimè par des pèriphrases vagues : meum esse habere, le même suivant qu'il porte sur des rèalitès très diffèrentes... les romains s'interessent si peu a l'idèe du droit subjectif qu'ils n'ont même pas de terme gènèrique pour le designer" Villey (M.) : L'idèe de droit subjectif et les systemes juridiques romains, Rev. jistorique de droit francais et ètranger, 1946-1947, P. 224.

(2) " La notion de droit subjectif, dit il, n'a pas ètè l'objet a Rome d'èlaboration scientifique..." Villey (M.) : Lecons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1962, P. 188.

ويقول الأستاذ " Villey " فى ص ١٨٨ من نفس المؤلف "

" La notion de droit subjectif, n'a pas ètè l'objet a Rome d'èlaboration scientifique... le droit subjectif n'est entrè dans la technique qu'a l'èpoque moderne, pourquoi? Cela ne nous ètonne guère : C'est qu'il ne trouvait pas sa place dans le système du droit naturel de la philosophie ancienne, c'est =

وروما إذ عرفت بعض الحقوق – التى فرضتها ظروف الحياة – عرفتها لتكون وسيلة تنظيمية لا جوهر قانونى له كيانه الذاتى ، يجد فى فلسفة القانون ما يوضح ماهيته ويبين مضمونه ، فكان الحق وكأنه ضرورة عملية للحياة اليومية (١) .

فالقانون الرومانى – خلافا للشرائع الحديثة – لا يعترف بالحق إلا من خلال إجراءات الدعوى ، ولما كانت الدعاوى واردة على سبيل الحصر عند الرومان ، ولكل منها إجراءاتها الخاصة بها ، وتسمى باسم معين ، لذلك لا يعترف القانون بالحق إلا بالقدر الذى يسمح به نظام الدعاوى وفى حدودها ، فلا يوجد حق إلا حيث توجد دعوى . فالمتتبع للقانون الرومانى – خاصة فى أول عهده – يجد أن الرومان كانوا ينظرون إلى الحق لا كفكرة قانونية فى مسيس الحاجة إلى دراسة فلسفية تعلل وجودها وتفسر مضمونها ، بل كانوا ينظرون إليه نظرة مادية وكطريقة تنظيمية ممثلة فى الدعوى . فلم تظهر الفكرة القانونية للحق إلا عن طريق حمايته بالدعوى ، واعتبروا الدعوى كمعيار ورمز لوجوده . ويرجع ذلك إلى أمرين : **الأول** : أن الشكلية كانت عنصرا أساسيا فى القانون الرومانى بوجه عام (٢) ، وفى نشأة الحق بوجه خاص ، وما الدعوى فى

= qu'il jure avec le principe de la justice distributive, c'est qu'il est un legs aux juristes de la pensèe moderne".

(1) Lepointe (G.) et Monier (R.) : Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit francais, Paris 1954, P. 16-17.

حيث يقولا عن الالتزام ، وما الحق إلا إحد وجهيه :

" Tandis en effet que la notion de propritètè se rencontre chez tous les peuples, celle d'obligation sppose un ètat de civilisation relativement avancèe : elle implique en effet une idèe de prèvoyance, de confiance et de crèdit qui dèpasse les concepts des peuples primitifs.. Nous allons donc trouver aux origines de la civilisation romains des institutions beaucoup plus fruste que ne le postule ce concept d'obligation : ... Si nous nous olacons au temps du XII Tables, nous n'avons pas l'idèe abstraite et bien ferme de l'obligation : ... Les textes de cette èpoque nous montrent done surtout des aspects concrets de la vie journalière rudimentaire".

(٢) انظر فى تفصيلات مبدأ الشكلية من حيث أسبابه ونتائجه وكيفية ظهور مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى ، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦ تحت عنوان " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " .

صورتها البدائية عند الرومان إلا نوع من الشكلية المعقـــده (١) . **الثانى** : أن الرومان كانوا لا يعرفون إلا الحقوق التى يحـدد القـانون شـروط وجودهـا (٢) . وكلمـا أوجبـت ظروف الحياة الاعـتراف بنـوع جديـد مــن الحقـوق ، فـلا يكـون ذلـك إلا عـن طريـق الدعوى (٣) . ومعنى هذا أنه بدلا من أن تكون الدعوى وليدة الحق – باعتبارها عنصـر حمايته – كانت الدعوى عاملا فى وجود الحق والاعـتراف بـه ، واصبحـت كـل دعـوى لفظا ومعنى معبرة عن حق : لفظا : باستعمال الاصطلاح عن الدعوى للدلالة عـن الحـق الذى تحميه ، ومعنى : لأنها تمثل صفات هذا الحق ، ولذا متزجت الدعـوى بـالحق (٤) . ونتيجة لهذا التصور لم يهتم الفقهاء الرومان بتحليل الحق ودراسة عنـاصره ، بـل اهتمـوا بدراسة الدعاوى والأشياء التى ترد عليها والأشخاص الذين يمارسون نشـاطهم القـانونى على هذه الأشياء (٥) .

أضف إلى ذلك أن الحق مرتبط بالحرية ارتباطا وثيقـا ، وأن القـدر الـذى يحصـل عليـه أفراد الأمة من الحرية يمثل فى الحقيقة درجة نضوج فكرة الحق فى هذا المجتمع ، والرومان

---

(1) Lioy (Diodato) : La philosophie du droit, Paris 1887, P. 6.
- May (Gaston) : Elèments de droit romain, 9e èd, paris 1907, P. 577-578.
- Monier (Reymond) : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1948, T. 2, P. 91-93.
- Petit (Eugène) : Traitè èlèmentaire de droit romain, 6e èd, Paris 1909, P. 646 et 651-652.

(٢) وفى ذلك يقول الأستاذ " Petit " :

" Pendants les premiers siècles, les romains ne durent connaitre que les obligations dont le droit règlait les conditions de formation, Petit (Eugène) : Traitè èlèmentaire de droit romain, 6e èd, Paris 1909, P. 519.

(3) Lioy (Diodato) : La philosophie du droit, Paris 1887, P. 227-228.
- May (Gaston) : Elèments de droit romain, 9e èd, Paris 1907, P. 632-651.

وانظر عرضا تفصيليا لأمثلة الدعاوى التى تمثل حقوق مختلفة :

- Jouanneaux (A.) : Recueil de maximes et citations latines à l'usage de monde judiciaire, 2e èd, Paris 1932, P. 17-27.

(4) " On sait, dit - il, qu'a'chque droit correspond une action ou se reflètent les caractères du droit qu'elle sanctionne. L'ètude des actions se confond donc avec celle des differents droits, droits de famille, droits rèels, droits de crèance". May (Gaston) : Elements de droit romain, 9e èd, Paris 1907, P. 632.

(٥) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٦ .

أهملوا حقوق الإنسان (١) ، أى أهملوا كلية المنبع الأول الذى تنبثق منه عادة الفكرة القانونية للحق •

ومنذ منتصف القرن الأول قبل الميلاد بدأت تظهر فكرة الحق فى نطاق محدود لدى الفقهاء الرومان ، وكان ظهوره نتيجة لتطور فكرة السلطة " potestos " فى نظام الأسرة ، مثل سلطة رب الأسرة ، فبدأ يظهر تعبير " Jus potestasque " للدلالة على السلطة التى يخولها القانون لشخص معين . ومن هنا بدأ الفقهاء يستعملون تعبير " Jus " للدلالة على الحق فى محيط نظام الأسرة بصدد السلطة الأبوية والسلطة الزوجية .... الخ (٢) •

ومنذ نهاية العصر الجمهورى إمتدت الفكرة إلى محيط القانون العام للدلالة على سلطة الحكام ، وبعد ذلك انتقلت الفكرة إلى محيط الإلتزامات . بيد أنهم لم يستعملوا تعبير " Jus " للدلالة على الحق فى نظام الأموال . وبالرغم من أن النصوص تستعمل تعبير " Jus fondi " ، وما شابهه من إصطلاحات مما قد يشعر بأنه يشير إلى حق ملكية الأرض ، إلا أنه يعنى – لدى الفقهاء الرومان – الأرض محل الملكية وليس حق الملكية (٣) . وبالمثل لا يستعمل تعبير " Jus " للدلالة على الحق بصدد الحقوق التى يتمتع بها المواطنون ، فتعبير حق الترشيح لوظائف الحكام " Jus honorum " وتعبير حق التصويت " Jus suffragi " ليسا من إصطلاحات الفقه الرومانى ، بل من صنع شراح القانون الرومانى فى العصور الوسطى. وعدم استعمال الرومان لاصطلاح الحق فى هذا الخصوص مرجعه أن الرومان لم يتصوروا العلاقة بين الفرد والدولة على أنها علاقة بين شخصين ، بل على أنها مسألة من صميم التنظيم السياسى للدولة (٣) •

---

(1) Lioy (Diodato) : La philosophie du droit, Paris 1953, P. 297: " Quels sont les droits individuels des personnes physiques? L'antiquitè n'en avait pas un idèe claire, elle subordonnait trop le citoyen à l'Etat. Au XVI siecle le jurisconsulte Doneau, digne rival de Cujas, reprochait aux jurisconsultes romains d'avoir nègligè les droits de la personne".

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٧ •

(3) Villey (M.) : L'idèe de droit subjectif et les systemes juridiques romains, Rev. historique de droit francais et ètranger, 1946-1947.

والواقع أن " الحق " هو اصطلاح لفكرة قانونية ، والفكرة القانونية إذا ما ظهرت في عالم القانون – باستعمالها – ثبت وجودها ، وعوزها إلى الاصطلاح الفنى الدال عليها لا يهز كيان وجودها فى شيء ، كما أن اختلاف مفهومها من عصر لآخر لا ينهض دليلا على عدم اعتبارها الدعامة الأولى لعلم القانون . ذلك أن مفهوم الحق يعد أصدق تعبير عن مدنية المجتمع ورقية فردا وجماعة ، واختلاف مفهوم الحق عند الرومان – عنه في العصر الحديث – لا يمس كونه أساسا فى نظامهم (١) ٠

وسوف نقوم فى هذا الباب ببيان أنواع الحقوق في فصل أول ، ومصادر الحق فى فصل ثان ٠

(1) " Les Romains, dit-il, ont bati tout leur système sur cette notion de droit subjectif". Ionescu (Octavian) : La notion de droit subjectif dans le droit privè, Paris 1931, P. 19.
- Dabin : Le droit subjectif, Paris 1952, P. 81.

الفصل الأول
أنــواع الحقـــوق

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحقوق على تقسيمها إلى تقسيمات عدة ، تتعـدد بتعدد زوايا النظر إليها ، وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية . وإذا كنـا سنشير إلى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فسوف نستصفى منها ما يجـب – لأهميتـه – الوقوف عنده والخوض فيه بشىء من البيان والتفصيل .

المبحث الأول
الحقوق السياسية والحقوق المدنية

جرى الفقه الحديث على تقسيم الحقوق إلى : حقوق سياسية وحقوق مدنية (غير سياسية) . ويقصد بالحقوق السياسية ، تلك الحقوق التى تثبت للفراد باعتبارهم أعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة ، ويقصد بالحقوق المدنية ، ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولكن يجمعها إنتفاء الصفة السياسية (١) .

والحقوق المدنية (غير السياسية) تنقسم إلى : حقوق عامة وحقوق خاصة . والحقوق العامة تثبت للإنسان بصفته إنسانا ، ولذلك تسمى أحيانا بحقوق الإنسان أو الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ويرجع الفضل إلى المذهب الفردى فى إبرازها ، وهى مقررة لحماية كيانه المادى (مثل حقه فى عدم الاعتداء على جسمه) أو كيانه الأدبى (مثل حقه فى المحافظة على سمعته والحريات الشخصية كحرية التنقل وحرية العمل وحرية التعاقد) . أما الحقوق الخاصة فهى تشمل حقوق الأسرة والحقوق المالية (٢) .

وتقسيم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية كان مجهولا من الرومان ، ذلك أنهم كانوا ينظرون إلى العلاقة بين الفرد والدولة على أنها علاقة بين شخصين بل على

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٤٤ .

– انظر فى تفصيلات شرح هذا التقسيم :

- Capitant (Henri) : Introduction à l'ètude du droit civil, 4 ème èd, 1921, no. 75.

(٢) انظر فى تفصيلات شرح هذا التقسيم :

- Marty et Raynaud : Droit civil, T. I, 1956, No. 143.

أنهـا مسألـة مـن صميم التنظيم السياسي للدولـة . وهـذا التصوير أدى إلى أن الحقوق السياسية تختلط بالقواعد القانونية التى تختص بالنظام السياسى للدولة وتندمج فيها بحيث لا يظهر للأفراد حقوق سياسية لها كيان مستقل عن النظام السياسى للدولـة (١) ٠

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٧ ٠

المبحث الثانى
حقوق الأسرة والحقوق المالية

يقسم الفقه الحديث الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية . وحقوق الأسرة ، تشمل الحقوق التى يكتسبها الإنسان باعتباره عضوا فى أسرة معينة ، كالحقوق الناتجة عن علاقة الزوجية أو المصاهرة أو البنوة ... الخ (١) . أما الحقوق المالية ، فهى التى تنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد فى المجتمع (٢) . والحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ٠

وأصول تقسيم الحقوق الخاصة ترجع إلى كتابات الفقهاء الرومان . فالتفرقة بين حقوق الأسرة والحقوق العينية والشخصية لم تكن مقررة بهذا الوضع فى القانون الرومانى . فالرومان – فى العصور القديمة – كانوا لا يميزون بين حقوق رب الأسرة على ما يملكه من أشياء وبين حقوقه على الأشخاص الخاضعين لسلطته ، فكانت كلها من طبيعة واحدة ، فهى عبارة عن سلطات على شخص أو على شىء . ولذلك كان الجزاء الذى يحمى حقه على الشىء المملوك هونفس الجزاء الذى يحمى حقه أو سلطته على الشخص الخاضع لسلطته . وكان هذا الجزاء هو دعوى الاسترداد سواء بالنسبة لحقوقه على زوجته ، ويطلق على هذه الحقوق اسم السلطة الزوجية " manus " أم بالنسبة لحقوقه على أبنائه ، وتسمى السلطة الأبوية " potestas " ، أم بالنسبة للأشياء المملوكة له ، وتسمى حقوقه باسم الملكية " dominuim " . ومنذ العصر العلمى بدأ الرومان يميزون بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، ولكنهم استمروا زمنا ليس بالقصير يعتبرون حقوق الأسرة نوعا من الحقوق العينية ، ولم يميزوا بينهما إلا فى نطاق ضيق خلال العصر العلمى (٣) ٠

---

(١) انظر فى تفصيلات شرح هذا التقسيم :
- Capitant (Henri):Introduction à la ètude du droit civil, 4 ème èd, 1921, No. 90.

(٢) انظر فى تفصيلات شرح هذا التقسيم :
- Marty et Raynaud : Droit civil, T. I, 1956, No. 144.
- Mazeaud, (H.L. et J.) : Lecons de droit civil, T. I, 1956, No. 158.

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٨ ٠

المبحث الثالث
الحقوق العينية والحقوق الشخصية

الحق العينى : يرد على شيء معين بالذات ، مثل حق الملكية ، وهو يخول صاحبه استعمال الشيء " usus " واستغلاله " fructus " والتصرف فيه " abusus " . فهوعبارة عن سلطة مقررة لشخص معين على شيء بعينه ، فهناك صلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق بحيث يستطيع صاحب الحق استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه دون وساطة شخص آخر (١) .

والملكية – أهم الحقوق العينية – تكتسب بإحدى طريقتين : طريقة ناقلة وطريقة منشئة . وتكون الطريقة ناقلة إذا كان المال مملوكا لشخص ثم انتقل إلى آخر ، وتكون الطريقة منشئة إذا كان المال غير مملوك لأحد . وفى الحالة الأولى تنتقل الملكية محملة بما كان عليها من تكاليف وأعباء قررها المالك السابق ، بينما فى الحالة الثانية تكتسب الملكية خالية من التكاليف والأعباء التى كانت عليها لغير المالك (٢) .

والطرق الناقلة للملكية تنقسم إلى نوعين : اختيارية وإجبارية ، وذلك تبعا لما إذا كانت الملكية تنتقل برضاء المالك أو جبرا عنه . والطرق الناقلة الاختيارية تشمل : الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم . ويجب أن نلاحظ أن القانون الرومانى كان يميز بين الاتفاق والعمل الناقل للملكية ، فالاتفاق لا يكسب الملكية ودوره ينحصر فى إنشاء الالتزامات ، ولكى تكتسب الملكية لابد من الالتجاء إلى إحدى الطرق الثلاث سالفة الذكر ، ولذلك لا يعتبر العقد أبدا من بين أسباب كسب الملكية ، هذا المبدأ تقرره

---

(١) انظر فى تفصيلات شرح هذا التقسيم :

- Rigaud : le droit rèel, Thèse,Toulouse 1912.
- Derruppè : La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits rèels et des droits de crèance, Thèse, Toulouse 1952.
- Ionescu : La notion de drot subjectif dans le droit privè, Thèse, Paris 1931.

(٢) انظر فى تفصيلات طرق اكتساب الملكية فى القانون الرومانى :

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 396 et s.
- Lepointe : Les obligationa en droit romain, Paris 1956, P. 73 et s.

النصوص صراحة (مجموعة الدساتير : ٢ ، ٣، ٢٠) " تنتقل الملكية بالتسليم أو بالتقادم وليس بالاتفاق المجرد " . وبذلك فقد فرق الرومان بين سند الملكية أو سبب الاكتساب وهو العقد ، وبين الطريقة الناقلة لها (١) . أما الطرق الناقلة الإجبارية فتشمل : نقل الملكية بنص القانون (مثل قوانين جوليا المسقطة التى تقضى بحرمان الوارث من نصيبه فى الإرث فى بعض الحالات ونقل نصيبه إلى وارث آخر) ، ونقل الملكية بحكم القضاء (سواء صدر الحكم من القاضى أو من البريتور) مثل قرار البريتور بنقل ملكية المنزل الآيل للسقوط للجار المهدد بالضرر ، والتقادم (٢) . والإشهاد والدعوى الصورية من نظم القانون المدنى ، أما التسليم فهو من نظم قانون الشعوب . وقد زال الإشهاد والدعوى الصورية فى عهد جستنيان ولم يبق إلا التسليم ، وإن كان قد أصبح يكتفى بالتسليم الرمزى .

والطرق المنشئة للملكية تشمل : الاستيلاء ، التحويل أو التنويع (مثل تحويل سبيكة ذهب إلى حلى) ، والتبعية وأهم صورها اكتساب الثمار والالتصاق (التصاق عقار بعقار كالطمى ، التصاق منقول بعقار كالبناء والغراس وإلتصاق منقول بمنقول كرسم صورة على لوحة) . ويلاحظ أن هذه الطرق مصدرها قانون الشعوب ، وصارت من طرق اكتساب الملكية الرومانية منذ أوائل العصر الإمبراطورى بالنسبة للأموال غير النفيسة ، وفى عهد جستنيان صارت طرق اكتساب الملكية بالنسبة لجميع الأموال (٣) .

الحق الشخصى : هو عبارة عن رابطة بين شخصين ، أحدهما صاحب الحق وهو

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، طبعة ١٩٨٥ ، الناشر الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ص ٢٩٠ وما بعدها .

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 404.

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٩ .

(٣) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٧٤ وما بعدها .

الدائن ، وثانيهما من التزم به وهو المدين (١) . وهذا الحق محله عمل يلتزم المدين بالقيام به سواء كان عملا إيجابيا أم عملا سلبيا . والحق الشخصي يخول صاحبه الحصول على ثمرة ما إلتزم به المدين ولو جبرا عنه . والأمر الذى يلتزم به المدين قد يكون إعطاء شيء ، أي التزام بنقل الملكية أو بتقرير حق عيني ، وقد يكون القيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين (٢) .

وقد حاول الفقهاء فى العصر العلمي التميز بين أنواع الالتزامات من حيث مصدرها ، فقرر الفقيه " جايوس " فى كتابه النظم (٣ : ٨٨) " إن كل التزام ينشأ إما عن عقد وإما عن جريمة " . ومنذ أواخر العصر العلمي ظهر تقسيم ثلاثي لمصادر

---

(١) يطلق على الرابطة بين الدائن والمدين الحق الشخصى إذا نظرنا إليها من جهة الدائن ، بينما يطلق عليها الالتزام إذا نظرنا إليها من جهة المدين . فالحقوق الشخصية والالتزامات اصطلاحان يعبران عن شيء واحد تبعا لما إذا كنا ننظر إليه بعين الدائن أو بعين المدين .

(٢) انظر فى تعريف القانون الروماني للإلتزام : مدونة چستنيان فى الفقه الروماني ، ترجمة عبد العزيز فهمى ، طبعة ١٩٤٦ ، ص ٢٠٣ . وانظر كذلك :

- May (Gaston) : Elèments de droit romain, Paris 1907, No. 116.
- Monier (R.) : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T. 2.
- Monier (R.) : Les obligations dans le droit romain, 1948, èd, No. 2 et s.
- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1933.

ومضمون الإلتزام المتمثل فى مكنة إجبار الدائن للمدين على القيام بأداء معين ، تلك المكنة إنعكست على الاصطلاح ذاته المستخدم للدلالة على الإلتزام . فاصطلاح " obligatio " الدال على الإلتزام ، اصطلاح يكون من شقين : كلمة " ligo " التى تعنى الربط أو القيد ، وكلمة " ob " التى تعنى حول الجسد ، أى الربط أو القيد حول الجسد ، فالمدين ملزم " obligatus " أى مقيد " lie " وخاضع للدائن . ويظهر ذلك المفهوم بصورة أوضح فى الاصطلاح الدال على المدين " debitor " فذلك الاصطلاح يعنى الشخص الذى يجب عليه أداء شيء ، على حين اصطلاح " creditor " الدال على الدائن فإنه يفيد الشخص الذى يعطى ثقته لشخص آخر هو المدين . فالالتزام يفيد ثقة الدائن فى المدين . دكتور / عبد المنعم درويش : الوجيز فى القانون الروماني ، الجزء الأول نظرية الالتزامات ، الطبعة الأولى ١٩٩٥ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٧٥ .

الالتزام . العقد ، الجريمة ، مصادر أخرى متنوعة . وفي هذا المصدر الأخير جمعوا الالتزامات التي لا تدخل في مدلول العقد بمعناه الفني ولا في الجريمة ، ومن أمثلة ذلك الوفاء بغير المستحق لأنه لا يدخل في عداد العقود إذ أن من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له يلتزم برده ، والتزامه بالرد لا ينشأ عن عقد لأنه لا يقصد إنشاء التزام بل إنهائه ، ولذلك قال الفقهاء بأنه يلتزم كما لو كان ملتزما بناء على عقد . وكذلك الأفعال غير المشروعة التي يجازى عليها البريتور رغم أنها لا تدخل في عداد الجرائم المقررة في القانون المدنى ، فالتزام الفاعل بدفع التعويض لا ينشأ عن جريمة ، لذلك يقول الفقهاء بأنه يلتزم كما لو كان ملتزما بناء على جريمة . وفي عصر " جستنيان " تحول هذا التقسيم الثلاثي إلى تقسيم رباعي ،فكتاب النظم لجستنيان (٣ ، ١٣، ٢) يذكر أن الالتزامات تنشأ إما عن عقد أو تنشأ كما لو كانت عن عقد وإما عن جريمة أو كما لو كانت عن جريمة (١) .

التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

يختلف الحق العينى عن الحق الشخصى فى أنه توجد صلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق في الحقوق العينية ، بينما لا توجد هذه الصلة المباشرة في الحقوق الشخصية ، فالدائن في الحق الشخصي لا يحصل على ثمرة ما إلتزم به المدين إلا بواسطة هذا الأخير ، وحتى في الحالات التي يهدف فيها الحق الشخصي إلى الحصول على شيء معين – كما هو الحال بالنسبة للإلتزام بإعطاء شيء – فإنه لا تنشأ صلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء بل يتوسط المدين بينهما . ففي القانون الروماني لا تنتقل الملكية إلا بطرق خاصة حددها القانون ، كالتسليم والإشهاد والدعوى الصورية ، فإن باع شخص إلى آخر عينا معينة فإن هذا العقد لا ينقل الملكية إلى المشترى بل يولد إلتزامات على عاتق البائع والمشترى ، ولا تنتقل الملكية إلى المشترى إلا بعد تمام

---

(١) وهذا التقسيم الرباعى هوالذى أخذ به " بوتييه Pothier " ، بيد أنه استعمل اصطلاح شبه العقد بدلا من الاصطلاح اللاتينى كما لو كانت عن عقد ، وكذلك اصطلاح شبه الجريمة بدلا من تعبير كما لو كانت عن جريمة ، وتقسيم " بوتييه " هو نفس التقسيم الذى أخذت به المجموعة المدنية الفرنسية . دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨١ .

إجراءات التسليم أو الإشهاد أو الدعوى الصورية . وحتى القيام بهذه الإجراءات لا توجد صلة مباشرة بين المشترى والمبيع ، أما بعد تمامها فيصبح للمشترى حق عينى ، وهو حق الملكية على العين ، وحينئذ تنشأ صلة مباشرة بينه وبين الشيء تبيح له استعماله واستغلاله والتصرف فيه دون وساطة أحد (١) .

كيفية ظهور التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية فى القانون الرومانى : نشأت هذه التفرقة نتيجة لنظام الدعاوى عند الرومان . فقد قسموها إلى نوعين : دعاوى عينية ودعاوى شخصية . ففى القانون القديم أطلقوا اسم دعاوى الرهان العينية على الدعوى التى يطالب فيها الشخص بتقرير سلطته على شيء معين ، واسم دعوى الرهان الشخصية إذا كان يطالب بتقرير حق له ضد شخص معين . وبذلك ظهر بطريق غير مباشر تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية نظرا لاختلاط الحق بالدعوى التى تحميه فى القانون الرومانى .

وفى العصر العلمى أصبح تقسيم الدعاوى إلى دعاوى شخصية ودعاوى عينية من التقسيمات الرئيسية عند الرومان . فالفقيه " جايوس " يقرر أن الدعاوى تنقسم إلى نوعين : دعاوى عينية ودعاوى شخصية (نظم جايوس : ٤ ، ١) . ويعرف الدعوى الشخصية بقوله : " تعتبر الدعوى شخصية إذا كنا قد رفعناها ضد شخص إلتزم فى مواجهتنا بمقتضى عقد أو جريمة " (نظم جايوس : ٤، ٢) . ويعرف الدعوى العينية بقوله : " وتكن الدعوى عينية إذا ادعينا ملكية شيء معين أو حقا آخر مثل حق الاستعمال ، حق الانتفاع ، حق المرور ، حق التصرف ، حق التعلى ، حق المطل ، وللخصم أن ينكر ما ندعيه عن طريق دعوى الإنكار " (نظم جايوس : ٤ ، ٣) .

وهذا التقسيم إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية يرجع إلى الاختلاف فى طبيعة الحق الذى تحميه الدعوى ، فالحق العينى صلة مباشرة بين صاحبة والعين محل الحق ، أما فى الحق الشخصى فلا توجد هذه الصلة المباشرة . وذلك يرجع إلى أن الرومان تصوروا حق

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨١ .

دكتور / حسن كيرة : المدخل للقانون ، ص ٤٦٩ .

الملكية – وهو أهم الحقوق العينية – باعتباره حقا مطلقا لشخص على شىء معين ، أى علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين دون تدخل من جانب أى شخص آخر ، بعكس الحق الشخص (١) ٠

ومنذ العصر الإمبراطورى تمكن الفقهاء الرومان من التمييز بين طبيعة الحق العينى والحق الشخصى (الالتزام) . فالفقيه بولس (موسوعة : ٤٤ ، ٨ ، ٣ ، ١) يقرر أنه : " ليس من جوهر الالتزام أن يكسبنا ملكية شيء أو حق ارتفاق ، ولكنه يخول لنا جبر المدين على إعطاء شيء أو القيام بعمل ... " ٠

ويتضح لنا مما سبق أن الرومان عرفوا أصول تقسيم الحقوق إلىحقوق عينية وحقوق شخصية باعتباره نتيجة غير مباشرة لتقسيم الدعاوى إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية

---

(١) انتقد البعض فى العصر الحديث تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وشخصية ، بحجة أن الحق لا يتصور وجوده إلا بين شخصين . واستنتج من ذلك أن الحق العينى له نفس طبيعة الحق الشخصى ، أى أنه رابطة بين شخصين ، غاية الأمر أن المدين فى الحق العينى هم الناس كافة ومضمون التزامهم دائما عمل سلبى . فهو رابطة بين صاحب الحق والناس كافة الذين يقع عليهم التزام سلبى هو الامتناع عن التعرض لصاحب الحق العينى فى مباشرة حقه ٠

- Planiol : Traitè èlèmentaire de droit civil, 11è èd, No. 2158 et s .

ويرى أستاذنا الدكتور / صوفى أبو طالب أن هذا النقد لا يصدق بالنسبة للقانون الرومانى ، لأن الفقهاء الرومان تصوروا الحق العينى دائما أبدا على أنه علاقة بين شخص وشىء ، لا على أنه علاقة بين صاحب الحق والناس كافة . ونتيجة لهذا التصوير قرر الفقهاء الرومان (نظم جايوس : ٤ ، ٣ – ٤) أنه إذا اعتدى شخص على حق عينى لآخر كان لصاحب الحق العينى حق رفع دعوى ضد المعتدى بقصد الحصول على قرار من السلطة القضائية باعتباره وحده صاحب السلطة على العين محل العقد لا باعتبار أنه يطالب المعتدى بالوفاء بالتزامه بعدم الاعتداء على حقه . وقد علل ذلك الفقيه جايوس (نظم جايوس : ٤ : ٤) بقوله " ... من المؤكد أننا لا نستطيع مطالبة الغير برد شيء مملوك لنا باستعمال العبارة الآتية : (المقررة فى برنامج الدعاوى الشخصية) [إذا ما ظهر أنه ملتزم بإعطاء شيء] ، إذ أن الشيء المملوك لنا لا يمكن أن يكون محلا لالتزام بإعطاء لأن الالتزام بإعطاء شيء يهدف إلى نقل الملكية ، والشيء إذا كان مملوكا لنا لا يمكن أن نطالب بملكيته " انظر : مؤلف سيادته : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨٢ ٠

بسبب اختلاط الدعوى بالحق الذى تحميه . أما المقابلة بين الحق العينى والحق الشخصى (الالتزام) فلم تظهر إلا فى كتابات شراح القانون الرومانى في العصور الوسطى ، بل إن تعبير الحق العينى نفسه لم يظهر إلا لدى هؤلاء (١) .

آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

تترتب على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى عدة نتائج أهمها :

أ - حق التتبع : يعطى الحق العينى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شىء من الأشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشىء تعبر عن تسلطه على هذا الشىء وخضوع الشىء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما في أى يد يوجد هذا الشىء فيكون لصاحب الحق العينى تتبعه أينما كان . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شىء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشىء دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزه ، إذ هو مستقل فى وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص ، فلا يتأثر بغيرهم ، فأينما يكون هذا الشىء يدركه صاحب الحق العينى بماله من تسلط مباشر عليه (٢) .

أما الحق الشخصى فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق فى التتبع لأنه ليس بالحق الوارد على شىء - كالحق العينى - حتى يلازم ذلك الشىء ويتتبعه فى أى يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع فى شأن عمل من الأعمال . بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتزم به المدين شيئا من الأشياء ، إذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشىء ، فيكون الشىء بمنأى عن أى سلطان مباشر للدائن (٣) .

وعلى ذلك فالمالك ، وهو صاحب حق عينى ، يستطيع استرداد الشىء من السارق إذا سرقه منه . أما المشترى ، وهو صاحب حق شخصى محله قيام البائع بنقل حيازة المبيع إلى المشترى ، لا يستطيع تتبع العين المشتراه إذا حدث وتصرف فيها البائع وسلمها إلى

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨٣ .

(2) Beudant et Voirin : Cours de droit civil francais, 2è èd, T. IV, 1938, No. 73.

(٣) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٧٦ .

شخص آخر ، إذ لا توجد صلة مباشرة بين المشترى الأول والشيء المبيع ، ولا يستطيع الرجوع على المشترى الثانى لأنه لا توجد علاقة قانونية بينهما ، وله فقط الحق فى الرجوع بطلب تعويض من البائع (١) ٠

ب - حق الأفضلية : ينشيء الحق العينى رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العينى وحده - بمقتضى هذه الرابطة - بسلطاته على الشيء كاملة لا يزاحمة فيها أحد . وما يخوله الحق العينى لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو ، هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق الأفضلية ، وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العينى ومحله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاضعا لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع ٠

أما الحق الشخص فباعتباره لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل إيجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الايجابى من ذمة المدين . وذلك قد يضمر مخاطر جسيمة يتعرض لها الدائنون إذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، إذ لا مناص حينئذ - وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام - من إقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية إذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص (٢) ٠

فالمالك الذى أعار ماله للغير مازال صاحب حق عينى - حق ملكية - بالنسبة للشيء المعار ، فإذا حدث وأعسر المستعير فتزاحم دائنوه فإن صاحب لشيء المعار يستطيع استرداده ويستبعد كل الدائنين . وعلى العكس من ذلك فإن صاحب الحق الشخصى لا يتمتع بحق الأفضلية ، فلو أن شخصا أقرض آخر مبلغا من النقود ، وحدث أن أعسر المدين ، أى زادت ديونه على حقوقه ، وتزاحم الدائنون فإنهم يقتسمون أمواله قسمة

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨٤ ٠

(٢) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٧٧ ٠

غرماء ، أى يتحمل كل منهم نصيبا من الخسارة بنسبة حقه ، دون أفضلية لأحدهم على الآخــر (١) ٠

وصاحب الحق العينى يتمتع بأفضلية ليس فقط فى مواجهة الدائنين العـاديين ، بـل أيضا فى مواجهة أصحاب الحقـوق العينيـة الأخرى إذا كـانت حقوقهـم لاحقـة لـه فى التاريخ (٢) . فلو أن شخصا إقترض مبلغا من النقود من آخر وقرر له حق رهن على مال مملوك له ، ثم قرر حق رهن آخر ، فى تاريخ لاحق ، لدائن آخر فكلا الدائنـين المرتهنين يعتبر صاحب حق عينى . ولكن الدائن المرتهن الأول تكون له الأولوية فى اسـتيفاء دينـه من ثمن بيع الشيء المرهون وذلك راجع إلى أن حق الدائن المرتهن الثانى على الشيء نشأ محملا بالرهن الأول تطبيقا لقاعدة " لا يملك الإنسان بأكثر مما ملك " . ومن هنا ظهـرت قاعدة " أسبق الرهنين تاريخا أولاهمـا بـالتقدم " (مجموعـة الدسـاتير : ٨ ، ١٨ ، ٤) . أما أصحاب الحقوق الشخصية فإنهم يتزاحمون بدون أفضلية لأحدهم على الآخر أيا كان تاريخ نشوء حقوقهم (٣) ٠

جـ – ضرورة ورود الحق العينى على شـيء معين وموجـود : يتضمـن الحـق العينـى رابطة بين شخص وشيء تخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا علـى الشيء ، فلا يتصور

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨٤ ٠

(٢) الحقيقة أن الحقوق العينية – فى القوانين المعاصرة – لا تتزاحم فيما بينها ، لأنها إذا اجتمعت على نفس الشيء وكانت من نفس النوع ، فثم أوجه للتفاضل بينها كالأسبقية فى مرتبة القيد أو الشهر أو الحيازة فى المنقول ٠

كما أن الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية ، إذ أن حق الأفضلية الذى تتميز به يجنبها مثل هذا التزاحم . ومن أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق إردافها بحقوق عينية تبعية تنشيء للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمديـن ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين . فالدائن الذى يرتهن عقارا لمدينة ضمانا لداينه يكون مقدما فى اقتضـاء هـذا الديـن مـن قيمة العقار المرهون على كل دائن عـادى غـير مـزود بحـق عينـى تبعـى . دكتـور / حسـن كـيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٧٧ ٠

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانرن الرومانى ، ص ٢٨٥ ٠

إذن وجود الحق العينى إلا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، فبدون وجود الشىء وجودا محققا لا يتصور وجود الحق العينى . ولا يكفى لقيام الحق العينى وجود الشىء وجودا محققا ، بل ينبغى فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشىء معينا بالذات إذ لابد أن يتحدد المحل الذى يقع عليه التسلط مباشرة تحديدا يعينه ويعزله عن غيره ٠

أما الحق الشخصى فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئا من الأشياء لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فإن من المتصور وجود هذا الحق حتى ولو كان محله – وهو العمل – متعلقا بشىء من الأشياء المستقبلة أو من الأشياء المعينة بالنوع لا بالذات (١) ٠

د – الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر : يترتب على تكييف الحق العينى بأنه علاقة مباشرة بين شخص وشىء معين بالذات ، أن الحقوق العينية ترد فى القانون على سبيل الحصر . وذلك على خلاف الحقوق الشخصية ، حيث تنشأ الرابطة بين شخصين ، فهى غير محصورة بل تتعدد وتختلف تبعا لظروف كل رابطة (٢) ٠

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٧٩ ٠

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ،

الفصل الثانى
مصادر الحق

الوقائع القانونية والتصرفات القانونية :

يستند الحق في وجوده إلى القانون ، غير أن القانون – في ترتيبه وإسناده للحق – إنما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال هى التي نعنيها بمصادر الحق أى بمصادره المباشرة التى تولده ، وإن بقى القانون من وراءها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغنى عن البيان أن هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على إنشاء الحق وحسب ، بل تمتد إلى نقله أو تغييره أو إنقضاؤه (١) .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج فى الأصل – رغم تعددها وكثرة تنوعها – عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية ، وطائفة التصرفات أو الأعمال القانونية . ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث أو عمل مادى يرتب القانون عليه أثرا معينا ، وخاصة إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات أو الأعمال القانونية ، فيقصد بها كل إرادة تتجه إلى ترتيب مثل هذا الأثر (٢) .

التمييز بين التصرف القانونى والواقعة القانونية :

التصرف القانونى – أو كما يسمى أحيانا العمل القانونى – هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون إعمالا لهذه الإرادة ، وإذا قلنا أن القانون يرتب

---

(١) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع بتعمق :

دكتور / عبد الرازق السنهورى : التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه ، طبعة ١٩٥٣ / ١٩٥٤ .

(٢) ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت، فهى حدث مادى طبيعى يترتب عليه أثر قانونى وهو الحق فى الإرث. والفعل الضار كذلك واقعة قانونية، فهو فعل مادى يترتب عليه أثر قانونى هو الحق للمضرور فى التعويض. والمثل الرئيسى للتصرف أو العمل القانونى هو العقد، وهو عمل إرادى من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما. والوصية كذلك تصرف أو عمل قانونى، فهى عمل إرادى من جانب واحد يرتب للموصى له حقا فى الموصى به . دكتور/حسن كيره: المدخل إلى القانون ، ص ٧٢٦ .

الأثر القانونى الذى اتجهت إليه الإرادة إعمالا لها ، فهذا يعنى أن الأثر يترتب على الإرادة وحدها دون حاجة إلى إقترانها بأى فعل مادى ، اللهم إلا الطريقة التى يتم بها التعبير عن الإرادة . فالبيع – وهو تصرف قانونى – يتكون من إرادة البائع والمشترى تتجه لى نقل ملكية المبيع إلى المشترى مقابل إلزامه بدفع الثمن للبائع ، يرتب عليه القانون هذه الآثار إعمالا لإرادة كل من البائع والمشترى . والوصية بملكية شىء لشخص معين تصرف قانونى قوامه إرادة الموصى ، تتجه إلى تمليك الموصى له الشىء الموصى به تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت ، وهذا الأثر يرتبه القانون إعمالا لإرادة الموصى ٠

أما الواقعة القانونية ، فهى واقعة مادية يرتب عليها القانون أثرا ما ، سواء كانت هذه الواقعة من عمل الطبيعة أو كانت بفعل الإنسان ٠

وإذا كانت إرادة الإنسان تتدخل فى إحداث بعض الوقائع القانونية ، فتبقى هذه الوقائع بالرغم من ذلك متميزة عن التصرفات القانونية ، ذلك أن التصرف القانونى إرادة محضة ورتب عليه القانون أثره إعمالا لهذه الإرادة ، أما الواقعة القانونية فهى واقعة مادية يرتب عليها القانون أثرها ولو لم تكن مقصودة . فالبيع وهو تصرف قانونى ، يترتب عليه أثره لأن إرادة طرفيه قد إتجهت إلى إحداث هذا الأثر ، أما الاعتداء على جسم الغير أو شرفه فواقعة قانونية يرتب عليها القانون أثرا هو إلزام المعتدى بتعويض من لحقه ضرر لمجرد وقوع الفعل المادى نفسه ، كالقتل أو الضرب أو السب ، بصرف النظر عن إرادة من وقع منه هذا الفعل (١) ٠

---

(١) وإذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة فى بعض الحالات ، فيجب ألا يحجب ذلك – فى حالات أخرى – صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق فى شأنها وهى طائفة يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقوم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانونى ، بحيث لا يترتب الأثر القانونى المتولد عنها إلا بوجود واقعة أو عمل مادى معين واتجاه الإرادة إلى توليد هذا الأثر ٠

ففى بعض الحالات يجتمع فى الواقعة الواحدة الإرادة والعمل المادى معا فيختلطا ببعضهما فتسمى لذلك وقائع مختلطة ، وفى مثل هذه الحالات تدخل الواقعة فى التصرف القانونى إن كان عنصر =

وعلى هذا النحو فالتفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانونى ، إنما تقوم إذن على أساس التمييز بين الفعل المادى وبين الإرادة المحضة . فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانونى بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادى ، بصرف النظر عما إذا كان وجوده طبيعيا أو اختياريا وعما إذا كانت آثاره القانونية - لو كان اختياريا - مقصوده أو غير مقصودة ، نكون أمام واقعة قانونية . أما حيث يترتب الأثر القانونى أو يتولد من مجرد وجود إرادة تتجه إلى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانونى (١) .

أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية :

إذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية - على النحو الذى بيناه - فينبغى الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة . ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها إلى هاتين الطائفتين الأساسيتين وإخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الإثبات .

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديد أوصافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أى أثر قانونى ، يقتضى - عند المنازعة فيه - إثبات مصدره المباشر ، أى إثبات

= الإرادة هو الغالب ، وتدخل فى الوقائع المادية إذا كان العنصر المادى هو الغالب . ومن أمثلة النوع الأول الوفاء ، حيث يختلط الشىء محل الوفاء - وهو عمل مادى - بالاتفاق على انقضاء الدين ، وهو عنصر إرادى . ومن أمثلة النوع الثانى الاستيلاء (وضع اليد على مال مباح بنية تملكه) حيث يختلط وضع اليد - وهو عنصر مادى - بنية التملك ، وهو عنصر إرادى . وقد يجتمع العنصر المادى والعنصر الإرادى فى واقعة قانونية دون أن يختلطا ، وفى هذه الحالة توصف الواقعة بأنها مركبة مثل التقادم ، فالعنصر المادى عبارة عن واقعة وضع اليد مدة معينة من الزمن والعنصر المعنوى عبارة عن نية تملكه . والوقائع المركبة تدخل فى عداد الوقائع المادية ، ويرجع الفضل فى التنبيه إلى هذه الطائفة للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهورى . انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع مؤلف سيادته : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، الجزء الأول ، هامش ص ١٣٣ .

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٢٨ .

الواقعة القانونية أو التصرف القانونى المرتب لأى من ذلك . وفى هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، إذ من الواضح – وهما مختلفان فى الجوهر – ضرورة اختلافهما فى وسائل الإثبات (١) ٠

وكل حقوق القانون الخاص – أيا كان نوعها – تكتسب بأحد هذين الأمرين (تصرف قانونى ، واقعة قانونية) سواء فى ذلك حقوق الأسرة أم الحقوق العينية أم الحقوق الشخصية . وأثر التصرفات القانونية والوقائع القانونية لا يقتصر على اكتساب الحقوق بل يشمل كافة الآثار القانونية ، سواء فى ذلك إنشاء الحق أو نقله أو تغييره أو انقضاؤه . ففى محيط حقوق الأسرة ترجع كل الحقوق إما إلى تصرف قانونى أو إلى واقعة مادية ، ومن أمثلة النوع الأول الوصية ومن أمثلة النوع الثانى الولادة أو الوفاة . وفى محيط الالتزامات ينشأ الحق الشخصى إما عن طريق التصرف القانونى مثل العقد ، وإما عن طريق واقعة قانونية مثل الجريمة والإثراء بدون سبب (مثل استرداد مادفع بدون وجه حق) . وفى محيط الحقوق العينية ، ترجع هذه الحقوق إما إلى تصرف قانونى مثل الطرق الاختيارية الناقلة للملكية (مثل الإشهاد) ، وإما إلى واقعة قانونية مثل الطرق الإجبارية الناقلة للملكية والطرق المنشئة لها (٢) ٠

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٢٩ ٠

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨٩ ٠

المبحث الأول
التصرف القانونى
L'acte juridique

أولا : عدم وجود نظرية عامة للتصرف القانونى عند الرومان :

لم يدرس الفقهاء الرومان التصرف القانونى كنظرية عامة ، بل إن الفقه الحديث مازال بعيدا عن صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى (١) . وشراح القانون الرومانى فى العصور الوسطى والفقهاء فى العصر الحديث هم الذين حاولوا استخلاص الأصول المشتركة للتصرفات القانونية من كتابات الفقهاء الرومان . ومن الصعوبة بمكان أن نميز فى هذا الصدد بين ما هو رومانى أصيل وما هو من عمل الشراح فى العصور الوسطى أو العصر الحديث .

ولعل عدم اهتمام الفقهاء الرومان بصياغة نظرية عامة للتصرف القانونى يرجع من جهة إلى عقلية الفقهاء الرومان وطريقتهم فى البحث ، ويرجع من جهة أخرى إلى طبيعة قواعد القانون الرومانى . ففقهاء العصر العلمى كانوا لا يهتمون بصياغة نظريات عامة قدر إهتمامهم ببحث الحالات الفردية ومدى ملاءمة القواعد القانونية لحاجات العمل ، فهم كانوا يبحثون التعبير عن الإرادة وعيوبها والأهلية ... الخ بمناسبة كل تصرف قانونى على حده دون أن يحاولا جمع القواعد المشتركة فى نظرية عامة . بيد أن هذا لا ينفى أن الرومان توصلوا إلى معرفة بعض أصول مشتركة بين كل التصرفات القانونية أو معظمها ، مثل الشرط والأجل والنيابة ... الخ . ونجد فى كتاباتهم عناصر كافية لتقسيم التصرفات القانونية إلى تقسيمات مختلفة تطابق إلى حد كبير التقسيمات المعروفة فى الفقه الحديث (٢) .

---

(١) صاغ المشرع الألمانى منذ مطلع القرن الحالى فى صلب تقنينه المدنى نظرية عامة للتصرف القانونى ، مخرجا إياه من النطاق التقليدى المحدود لنظرية الالتزام . ولكنه اقتصر على ذلك ، فلم يعن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية . دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٣٧ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٠ .

ثانيا : دور الإرادة فى التصرف القانونى :

التعبير عن الإرادة هو جوهر التصرف القانونى ، ومن الطبيعى ألا تبرز خصائص التصرف القانونى فى الشرائع التى لا تمنح الإرادة دورا فعالا فى ترتيب الآثار القانونية . والأصل المقرر فى القوانين الحديث أن الإرادة وحدها تكفى لإنشاء التصرف القانونى وهى التى تحدد آثاره . ويعبر عن الشق الأول بمبدأ الرضائية ، أى أن القانون يعتد بالإرادة دون التقيد بالتعبير عنها بشكل معين ويكتفى بصدور هذا التعبير أيا كانت الطريقة التى تم بها . ويعبر عن الشق الثانى بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، بمعنى أن إرادة الطرفين هى التى تحدد الإلتزامات والحقوق التى تتولد عن العقد (١) . وهذا الأصل المقرر فى القوانين الحديثة هو ما اصطلح على تسميته بمبدأ سلطان الإرادة (٢) .

---

(١) ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن دائرة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة تتسع وتنكمش فى القوانين الحديثة تبعا للفلسفة التى تسود الشرائع . فهو يكبل بشتى القيود فى الشرائع التى تأخذ بفلسفة المذهب الاشتراكى،وتنحصر القيود فى أضيق نطاق فى الشرائع التى تقوم على المذهب الفردى . دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٨ .

(٢) إذا كانت الإرادة هى جوهر التصرف القانونى فى القوانين الحديثة ، إلا أنه تخضع فيه للعديد من القيود الشكلية ، ولكن الأخيرة من النوع ذى الهدف ، لا تتقرر إلا فى الحدود التى يمكن أن تحقق أغراضا معينة . فالشكلية الحديثة قيد على الإرادة أو على مبدأ الرضائية الشخصى عن طريق استلزام العديد من الأشكال الخاصة لابرام بعض التصرفات . دكتور / عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ١٩٠ .

وقد إهتم الفقه الفرنسى الحديث بعودة ظاهرة الشكلية فى تكييف جديد ولغرض مغاير للشكلية القديمة وكأساس موضوعى يحد من مظاهر شخصية الإرادة ، وهو ما يسمى عند البعض " بعث أو نهضة الشكلية La remaissance du formalisme " .

- Stark (B.) : Droit civil, les obligations, Paris 1972, P. 345.
- Flour : Queleques remarques sur l'evolution du formalisme, T. I., Paris 1950, P. 136.

وانظر فى تفصيلات الشكلية فى التصرفات القانونية فى التشريعات الحديثة ، دكتور / محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى : الشكلية القانونية " دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الزقازيق عام ١٩٩٣ ، ص ١٨٢ وما بعدها .

أ - الشكلية هى المبدأ السائد فى عصر القانون القديم :

انعقد إجماع الشراح على أن القانون الرومانى فى عصوره القديمة لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فالإرادة لا تكفى بذاتها لإنشاء التصرف القانونى وهى عاجزة أيضا عن تحديد شروطه وآثاره . فالتصرف القانونى لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير عن الإرادة طبقا للشكل أو الصورة التى حددها القانون ، وآثار التصرف القانونى يحددها القانون ولا تستطيع الإرادة تعديلها . ولذلك لا تستطيع الإرادة إنشاء تصرف قانونى لم يتولاه القانون بالتنظيم ، وآثار التصرف القانونى لا تتولد عن الإرادة ذاتها بل عن الإجراءات الشكلية التى رسمها القانون . فالشكلية ليست مجرد صورة للتعبير عن الإرادة بل هى العنصر الوحيد الذى يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر ، وكذلك فإن آثار التصرف القانونى تترتب بمجرد تمام الإجراءات الشكلية حتى ولو كانت الإرادة معيبة ، أو كانت بدون سبب ، أو كانت غير مطابقة لحقيقة ما قصد إليه من عبر عنها (١) . فقد إتسم القانون الرومانى بالشكلية المغالى فيها فى بداية تطوره وقد كان من نتيجة ذلك أن التصرفات القانونية التى يبرمها الأفراد لا ترتب آثارها إلا إذا انصبت فى أحد القوالب الشكلية التى نص عليها القانون الرومانى (٢) . ويلاحظ فى هذا الصدد أن الشكلية لم

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٤ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٦ .

وفى هذا الصدد يذهب الفقهيان " بودرى وبارد " إلى أنه : " فى الأزمنة القديمة فى روما كان التصرف القانونى يفقد وجوده إذا لم يستوف المستلزمات التى يتطلبها القانون ، ومن ثم يكون عديم الأثر ، وعلى العكس من ذلك فإن التصرف إذا استوفى الشكل القانونى فإنه يتحصن من كل مطعن وينتج كافة آثاره ، برغم ما فى ذلك من مجافاة للعدالة فيقولان :

" A Rome, dans les premiers temps, quandan act juridique ne ratisfaisait pas aux exigences de la loi, il n' avait aux yeux de celle- ci, aucune existence, et, par consequent, il etait depourevu de tout effect. Lors, au contraire, qu'il avait ète fait conformement aux règles de droit, il ètait inatlaquable et devait produire tous ses effects mais sur ce dernier point, l'equitè ragit contre la rigueur du strictum jus, ce qùi manifesta par l'introduction de la restitutio in integrum du droit pretorien". Baudry - Lacantinerie (G.) et Barde (L.) : Traitè theorique et pratique de droit civil - les obligations, T. 3, Paris 1908, P. 279.

(٢) ويصور لنا العلامة " إهرنج " حالة القانون الرومانى فى عهده الأول بقوله : =

تكن نتاج إرادة المشرع بقدر ما كانت تعبير عن ضرورة اجتماعية . وقد ترتب على ذلك أن مجرد إرادة الطرفين المتعاقدين لا تكفى فى ذاتها لإبرام التصرف القانونى . ويمكن تعريف الشكلية باعتبارها حجر عثرة أمام مبدأ الرضائية بأنها " كل واقعة سابقة على إبرام التصرف ، ولا يوجد لها سبب سواء من الناحية العقلانية ولا من الناحية الاجتماعية ، ويكون من آثارها تعليق إبرام الإلتزام أو انقضائه على إتمامها " (١) .

فالشكلية كانت العنصر السائد فى العقود ، وعدم مراعاة هذه الشكلية يعنى بطلان العقد ، بصرف النظر عن إرادة الطرفين . ولتعلق روما بالشكل بصرف النظر عن الإرادة ، فإن العقد كان يعد صحيحا ولو كان المتعاقد قاصرا طالما أفرغ فى الشكل المطلوب (٢) . فالقانون الرومانى لم يعرف من التصرفات إلا ما كان له شكل معين ،

" Tout ce qui surgit le système primitif des romains,est robuste comme l'ètaient les romains eux - mêmes à cette epoque, point de demi - mesure, rien d'indeterminè, de composè, tout ètait entier ou n'ètait point, simple et dèduit d'une seul idèe, mais celle - ci poussèe avec une logique inexorable ... la droit ne peut se plier aux conditions et aux besoins individuels, l'ègalitè qu'il poursuit et rèalise est de celle dont on dit summum jus, summa injuria". Ihering(R.Von):L'èsprit du droit romain, trad.O. De Meulenaere, T. 4, P. 82.

(1) Duhaut (H.): De la form, de ses caracteres et de ses regles en droit romain, Thèse, Nancy 1882, P. 17.

وانظر فى تفصيلات قاعدة الشكلية فى القانون الرومانى من حيث ماهيتها وأسبابها ونتائجها ، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى "، ص ١١٥ وما بعدها .

وانظر فى تفصيلات تطور مبدأ الرضائية ، دكتور / عبد المنعم درويش ، الوجيز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، نظرية الالتزامات ، ص ١٦ وما بعدها .

(٢) اشتركت كل الشرائع القديمة فى هذه الظاهرة ماعدا الشريعة الإسلامية ، قال تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " سورة المائدة الآية رقم ١ ، انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

الأستاذ / على بدوى : مكانة الشريعة الإسلامية فى الفقه الحديث ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأول ، ص ٣١ .

- Girard : Manuel de droit romain, 8è èd 1929, P. 705.
- Monier : Les obligationa dans le droit romain, 1948, P. 190.
- Ihering : L'Esprit du droit romain, Paris 1918, T. III, P. 192.

فمظهر التصرف هو الذى يبديه ، أما إذا انعدم الشكل فكان أمرا تنفر منه طبيعة الرومان الأقدمين (١) ، لذا انحصرت قاعدة التصرف فى الشكل المرسوم له ، فإذا استكمل قام صحيحا بغير الرجوع إلى الإرادة والتفتيش فيها عن عيوب تؤدى إلى بطلانه (٢) . وبذا كانت الإرادة عاجزة بمفردها عن إنشاء التصرف القانونى ما لم يقترن التصرف بالأشكال والطقوس المطلوبة (٣) ، وهذا ما عبرت عنه القاعدة الرومانية القديمة " إن مجرد الاتفاق لايولد التزام ولا تحميه دعوى " (٤) ، وكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الإجراءات المرسومة وهى عبارة عن ألفاظ أو عمل يقوم به

---

(1) " Formaliste a l'origine, comme, semble - t- il, tous les droits primitifs, il le reste a son stade le plus elabore". Ghestin (J.) : Droit civil, les obligations, 1980, P. 26.

(٢) دكتور / شفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٣ ، ص ١٢٨ .

– دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، طبعة ١٩٥٤ ، ص ٤٠٥ .

(3) "Ainisi les caues de la nullitè son purement formelles : l'acte ne peut avoir d'effet hors du cercle contractual, hors de ceux qui pronnoncent la " Verba" qui egendrent lot gation" Omran (M.A.) : Etude compartive sur la thèorie de la stiplation pour autrui en droit Francais, Italian et la Republique Arabunie, Thèse, Paris 1966, P. 16.

(4) Accarias : Prècis de droit romain, 4 ème èdit, 1986, P. 192: " C'est en effet une règle aussi ancienne que le droit romain, une regle encore vivante, sinon tout - a - fait intatctè, dans le dernier ètat de la lègislation, que le simple consentement des parties n'a pas la puissance d'obliger".

وفى موضع آخر (ص ١٩٣) يضيف الأستاذ " أكارياس " إلى ذلك قوله :

" L'accord des volontès ne vaut qu'autant qu'il s'enveloppe dans ces formules".

ويقول الأستاذ " Girard " فى هذا الصدد أيضا :

" Le droit primitif n'admet pas qu'une obligation dèrive d'un simple accord de volontè". Manuel èlèmentaire de droit romain, 1896, P. 468.

وراجع فى هذا المعنى أيضا :

- Giffard (A.E.) et Villers (R.) : Droit romain et ancien droit francais (obligation), Dalloz 1976, P. 26.
- Villers (R.) : Rome et le droit privè, 1977, P. 62 et s.
- V. Rouxel (R.) : Recherche des principes generaux regissant le volution contemporaine du formalisme des actes juridiques, Thèse, Caen 1934, P. 15.

الدائن وهو تسليم العين محل الاتفاق (١) ٠

ولم تكن مساوىء التعلق بالشكلية وإسباغ المناعة على التصرفات متى استوفت الأشكال ملحوظا في البداية وذلك لعدة أسباب ، منها اهتمام الرومان بمبدأ استقرار المعاملات ، وكانت الشكلية تترجم الحقائق ، هذا بالإضافة إلى ما كان في مراسم الشكلية ذاتها وإجراءاتها ما يحول دون وقوع المتعاقد ضحية للغلط أو الإكراه أو التدليس (٢) ٠

ومن هنا يتبين أن الصياغة الرومانية للتصرف القانونى استبدت بها الشكلية استبدادا اختفى معه الدور الحقيقى للإرادة فى تكوين التصرف ، فوجوده وقوته الإلزامية لا يستندان إلى الإرادة ، ولا إلى الإرادة المعبر عنها فى الشكل ، وإنما إلى الشكل مباشرة (٣) . ومتى أنجز هذا الشكل قام العقد ولو لم تكن الإرادة صحيحة ، وهذا ما يفسر مناعة التصرف ضد وسائل الطعن المستمدة من الإرادة ، لذا لم يكن يسمح بالطعن بالغلط أو التدليس أو الإكراه (٤) ، أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية .

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ١٢١ ٠

(٢) دكتور / عبد الودود يحيى : حوالة الدين " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى "، رسالة دكتوراه، ١٩٦٠،ص ٢٤. دكتور/ توفيق فرج: القانون الرومانى ،ص٣٩٧ ٠
- Girard : Manuel de droit romain, 8è èd, 1929, P. 464.

(٣) هذا بالطبع بخلاف القوانين الحديثة ، إذ الشكلية فيها لا تكفى وحدها فى تكوين العقد ، بل لابد أن تقترن بإرادة المتعاقدين ، فالإرادة هى التى يقع عليها الشكل ، بعكس الشكلية القديمة التى كانت تكفى وحدها فى تكوين العقد ، فالشكل فى القديم كان العقد لا الإرادة ، انظر فى ذلك ، دكتور / عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ١٩٠ هامش (١) . دكتور / محمود أبو عافيه : التصرف القانونى المجرد " النظرية العامة والتطبيقات فى القانون المصرى والمقارن " ، رسالة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، ١٩٤٧ ، ص ٧٧ ٠

(٤) لم يعرف القانون الرومانى نظرية عامة لعيوب الإرادة ، فالقانون الرومانى لم يجعل الغلط من عيوب الإرادة ، وحتى فى الحالات التى اعتبره الرومان فيها عيبا كان على أساس انه يؤدى إلى انهيار =

وهكذا ظلت الإرادة فـى القانون الرومانى بعيـدة فلـم يوجـد إلا المصـدر - شـكليا أو عينيا - والأثر أى الإلتزام ، أما الإرادة فهى واقعة لا تجد لها مكانا بـين قواعـد التصـرف القانونى ،

ولقد كان طبيعيا وفقا لطبيعة الشكل ، أن ينصرف الأثر المترتب على العقـد إلى ذات الشخص الذى تولى الطقوس والأشكال التى قام عليها العقد ، (١) فلم يكن متصورا قط إنصراف أثر ما إلى شـخص لم يشـارك فـى إجـراء الشـكل المطلـوب ، لا لأن الرومـان لم يعترفوا بدور للإرادة فى التصرف ، ولكن لأن الإرادة ظاهرة معنوية بعيدة عن تنـاولهم ، لذا وجب ان تصب فى شكل مادى يحل محلهـا بحيـث كـان مجـرد اسـتيفائه يمنـع التقهقـر عكسيا من الشكل إلى الإرادة ، لأن الشكل ذاته كان هو جوهر التصرف ، فـإذا تخلـف كان معنى هذا أن التصـرف لم يوجـد أصـلا ، فـانعدام الشـكل كـان شـأنه فـى القـانون الرومانى شأن انعدام الإرادة فى القانون الحديث لا يحتمل سوى جزاء واحد هو البطلان المطلق فلا يقبل التعديل أو التحديد (٢) ،

= ركن من أركان العقد . أما التدليس والإكراه فهما فى القانون الرومانى جرائم وضع لهـا الـبريتور جزاء حيث منح المدلس عليه والمكره دعوى كما منحهما دفعا ، وعـن طريقهمـا يسـتطيع المتعـاقد المجنى عليه التخلص من حكم العقد ، ولكنهما لم يكونا أبدا من عيوب الإرادة . يراجع فى ذلك ، دكتور / شفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، ص ٣٦٥ ،

دكتور / محمود أبو عافيه : التصرف القانونى المجرد ، رسالة دكتوراه ، ص ٢٨ ،

- Omran (M.A.) : Etude compartive sur la thèorie de la stiplation pour autui en droit Francais, Italien et la Repiblique Arabunie, Thèse, Paris 1966, P. 18.
- Girard: Manuel de droit romain, 8è èd, 1929, P. 728.

(1) " Les romains n'ont jamais imaginè que l'acte juridique puisse avoir un effet hormis les parties qui ont pronncè ou accompli la forme". Omran (M.A.) : Etude compartive sur la thèorie de la stiplation pour autrui en droit Francais, Italien et la Repabliqu Arabunie, Thèse, Paris 1966, P. 15.
- Girard : Manuel de droit romain, 8è èd, 1929, P. 461.
- Fontaine (M.) : La transmission des obligation, travaux des IX journèes d'ètudes juridiques, Jean Dabin, organisees, Paris 1980, P. 615.

(٢) دكتوره / نبيلة إسماعيل رسلان : النظرية العامة للعلاقات الثلاثية فى القانون المدنـى المصـرى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة طنطا عام ١٩٨٦ ، ص ٢٩ ،

وإذا كان صحيحا أن القانون الرومانى ظل يتغير بصورة مستمرة منظمة تحت تأثير العدالة (١) ، ولم يواجه دار سوه النصوص الرومانية بنفس التقديس الذى كان يسيطر على مشرعى الرومان ، فلم يقفوا عند المعنى اللفظى أو ما يسمى بالتفسير الحرفى ، بل صاروا يبحثون عن القصد الحقيقى للمشرع وعن الحكمة من التشريع ، كما أصبحوا يبحثون عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، أى فى الجملة كان جل إهتمامهم متجها إلى النتائج النهائية للنصوص ، مع رفضهم أن تكون هذه النتائج غير متفقة مع العدالة الطبيعية ، إلا أنهم بالرغم من اهتمامهم هذا ومهارتهم فى استخلاص علامات الإرادة ووسائل تخفيف حدة الشكل ، كان تقرير الإرادة كمصدر معترف به للإلتزام أمرا غير ممكن طالما كانوا يتحركون فى فلك النصوص الرومانية (٢) ٠

وما من شك فى أن سيادة الشكلية على هذا النحو ، كانت من المبادىء المطلقة التى تمتد لتشمل جميع تصرفات الحياة القانونية دون استثناء . فلم يكن هناك حق واحد يمكن أن ينشأ طبقا لقواعد القانون المدنى العتيق دون أن يكون سبب وجوده وفعاليته مستندا إلى الشكل الذى أفرغ فيه ، ومن هنا يمكننا أن نقرر أن " الشكلية الصارمة " كانت تمثل روح القانون الرومانى القديم . حقيقة إن ضرورات الحياة اليومية قد اقتضت أن يوجد بجانب التصرفات الشكلية تصرفات أخرى تستجيب لمتطلبات الحياة اليومية ، مثل الاتفاقات قليلة الأهمية التى يجريها الأفراد ، ومجرد التسليم لنقل ملكية الأشياء غير النفيسة، بيد أن هذه التصرفات كانت – ولا جدال فى ذلك – تصرفات استثنائية(٣) ،

---

(١) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع :

دكتور / محمود السقا : أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى فى العصر العلمى ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد على أربعة أعداد متتالية ابتداء من السنة الحادية والأربعون ، العددان الثالث والرابع ، سبتمبر – ديسمبر ١٩٧١ ٠

(٢) دكتور / محمد معروف الدواليبى : الوجيز فى الحقوق الرومانية ٠ الطبعة الخامسة ١٩٦٣ ، الجزء الأول ، ص ٢٥٨ ٠

(3) Villers (R.) : Rome et le droit privè, 1977, P. 63: “ Audemeurant, ce formalisme, qui repontait parfois aux exigences d’une ancienne logique, n’ ètait ni absolu ni universel. De tout temps il y eut à Rome des actes en marge, issus=

فضلا عن أنها لم تكن تتمتع بنفس الدرجة من الأهمية التي كانت تتمتع بهـا التصرفات الشكلية ، لأنه لم يكن معترفا بهـ مـن قبل القانون المدني ، ولم تتقرر حمايتها القانونية إلا في وقت متـأخر مـن تـاريخ القـانون الرومانـي عندمـا قـرر البريتور حمايتهـا بواسـطة الدعوى (١) . وبذلك انتهى عنصر القـانون الرومـانيالقديم ولم تـزل الشـكلية فيـه هـي الأصـل (٢) .

وأهم التصرفات القانونية الشكلية في القانون القديم هي : ١ - التصرف بالسـبيكة والميزان ، ويعتبر الإشهاد من أهم تطبيقاته ، وقـد كـان الإشـهاد فـي الأصـل عبـارة عـن مبادلة مال بثمن ينتج أثره حال حدوثه ، وهو تصرف شـكلي يقتضـي وجـود المـال محـل المبادلة وصاحبه ووجود الطرف الثاني الذي يكتسب ملكيته ، وعدد من الشهود وحامل الميزان الذي يقوم بوزن سبائك البرونز (وهي تقـوم بـدور الثمـن النقـدي قبـل اختـراع النقود المضرورة من الدولة) ، ويقتضي أيضـا القيـام بـإجراءات معينـة والتلفـظ بألفـاظ مقررة . وهذا التصرف أصبح يستعمل - بعد اختراع النقود المضروبـة - لتحقيـق آثـار قانونية متعددة ، فأصبح يستعمل كطريقة لنقل الملكية الاختيارية أيا كان السبب (سواء حدث نقل الملكية بناء علـى عقـد بيـع أم هبـة ... الخ) ، أو التقرير حق ارتفاق ، أو

= des pratiques de la vie courante, et que le droit annexa".

وفي موضوع آخر (ص ٦٧) يضيف الأستاذ " فيلير " إلى ذلك قوله :

" Les actes sans formes existaient donc à Rome avant la systèmation du droit, mais quel que soit l'intèrêt pour l'avenir de la tradition ou du pacte, il ne constituaient qu'une petite minoritè. La plus grande partie des actes juridiques ou proceduraux de l'epoque est constituèe par des actes formels, dont la liste est assez brève, en raison de l'economie des moyens".

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقـر : مبـدأ الرضائية في الحضـارات القديمـة ، طبعـة ١٩٩٨ ، ص ٥٦ .

(2) Lepointe et Monier: Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit francaes, Paris 1954, P. 181 : " Le droit romain, disent - ils, malgrè ses adoicissements certians, ne s'est jamais dèparti de l'exigence des moules formatlistes, les quelques exceptions que l'on trouve demeurent des exceptions très limitèes".

لكفالة إلتزام ، أو لإبراء ذمة المدين من إلتزام ، أو لعمل وصية ، أو لاكتساب السلطة على الزوجة ، أو لتحرير الإبن من السلطة الأبوية . ٢- الدعوى الصورية ، وتتلخص إجراءاتها في أن الطرفين حينما يريدان إنشاء حق أو تعديله ، يذهبان أمام الحاكم القضائي ومن يريد اكتساب الحق على شيء معين أو السلطة على شخص معين يعلن أنه صاحب الحق على هذا الشيء أو السلطة على هذا الشخص ، والطرف الثاني لا يعترض على هذا الإعلان ، فيحكم البريتور لصالح المدعي . وقد كان هذا التصرف تصرفا مجردا بحيث أمكن استعماله لكسب أو نقل سائر الحقوق سواء حقوق الأسرة أو الحقوق العينية . ٣ - الاشتراط الشفوي ، وهو يتكون من سؤال بصيغة مقررة يوجهه الدائن ، يتبعه جواب في صيغة مقررة ، مطابق لألفاظ السؤال ، يصدر من المدين . وهو كذلك تصرف مجرد بحيث اعتبر قالبا عاما تفرغ فيه سائر أنواع الإلتزامات (١) .

ب - ظهور الرضائية بجانب الشكلية في العصر العلمي :

وفي هذا العصر استمر مبدأ الشكلية هو السائد ولكن ظهر بجانبه مبدأ الرضائية على سبيل الاستثناء . فبالنسبة للتصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، وخاصة بالنسبة للعقود ، ظهرت مجموعات أخرى غير مجموعة العقود الشكلية (يعتبر الاشتراط الشفوي أهم العقود الشكلية) ، فظهرت العقود الرضائية (البيع ، الإيجار ، الشركة ، الوكالة) (٢) ، وفيها يكفي التراضي لنشأة الحق والإلتزام ، أي أن التعبير عن الإرادة مجردا من أي شكل يكفي لترتيب الآثار القانونية التي قصدتها

---

(١) دكتور / صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني ، ص ٢٩٩ .

(٢) وردت العقود الرضائية على سبيل الحصر ، ومن ثم فإنها تمثل خروجا على الأصل ، أو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى .

- Accarias (C.) : Prècis de droit romain, 4è èd, 1986, P. 428.
- Girard (P.F.) : Manuel èlèmentaire de droit romain, 1896, P. 516.
- Cuq (E.) : Manuel des institutions juridiques des romains, 1917, P. 452.
- Monier (R.) : Manuel èlèmentaire de droit romain, T.2, les obligations, 1948, P. 128: " L'existence des quatre contrats consensuels constitue l'exception la plus ancienne et la plus importante à la règle romaine tradionnelle en vertu de laquelle une simple convention est impuissante, à elle seule, à faire naître des obligations sanctionnèes par une action en justice".

الإرادة ، والعقود الرضائية تسمى أحيانا عقود قانون الشعوب لأنها ظهرت بادىء الأمر في هذا القانون (١) . وظهرت أيضا عقود حسن النية العينية(الرهن ، الوديعة ،العارية ، الائتمان) ، وظهرت كذلك بعض اتفاقات ، مجردة من الشكل ولا تدخل ضمن عقود قانون الشعوب ، أطلق عليها اسم الاتفاقات البريتورية وأهمها اتفاق تجديد الدين ، واتفاقات العهدة مثل عهدة الصيرفي ، أمين النقل ، صاحب الفندق أو الاصطبل . لأن القانون البرتورى هو الذى كان يعترف بها . وفي العصر الإمبراطورى اعترف القانون المدنى بصحة الاتفاقات التى لا تدخل في إحدى المجموعات السابقة (شكلية ، عينية ، رضائية ، بريتورية) ، واطلق عليها اسم العقود غير المسماة (مثل عقد المقايضة) . وهذه العقود وإن كان كل منها يحمل إسما معينا ، إلا أنه يطلق عليها تعبير العقود غير المسماة باعتبار أنها لا تندرج ضمن أية مجموعة من مجموعات العقود التى نظمها القانون . وتتميز هذه العقود بأنها لا تصبح ملزمة إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما التزم به ، فهي عقود موقوفة (٢) ٠

---

(1) Schmidlin (B.) et Cannata (C.A.) : Droit privè romain, T.2, 1987, P. 101 : " le principe de l'engagement par l'accord des parties ètait reconnu par tous les peuples civilises fondant des sociètès de " boni viti " de gens de bien, qui respectaient les règles de la bonne foi".

وقد اعترض الأستاذ الدكتور / شفيق شحاته على هذا التفسير بحجة أنه لم يثبت أن الرضائية كانت مبدأ مسلما به عند الإغريق أو عند غيرهم من الشعوب التى اتصلت بالرومان . ولا يكفي القول بأن هذه العقود قد لعبت دورا في التجارة الدولية للتسليم بمبدا الرضائية فيها . وفي رأيه أن الذى مكن لمبدأ الرضائية في هذه العقود الأربعة بالذات أنها جلها إن لم تكن كلها من العقود الثنائية الإلتزام ، أى من العقود الملزمة للجانبين : " فالتزام كل من المتعاقدين في هذه العقود مرتبط بالتزام الآخر فيها ، وهذا الترابط ما بين التزام أحد الطرفين والتزام الطرف الآخر تنعقد به العقدة ، ويؤدى إلى الارتباط ، كما هو ظاهر ، فلا يعود الأمر في حاجة إلى مظهر خارجي زائد على التراضي ليؤكده " . أنظر مؤلف سيادته ، نظرية الإلتزامات في القانون الروماني ، ص ١٤٨ - ١٤٩ ٠

(٢) دكتور / صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني ، ص ٣٠٠ ٠

وبالنسبة للتصرفات الصادرة من جانب واحد ، كالوصية ، أصبحت الإجراءات الشكلية مجرد ثوب تلبسه الإرادة بحيث أصبحت هي جوهر التصرف . وفي نفس الوقت تعددت الصور والقوالب الشكلية التي تفرغ فيها إرادة الشخص ، واعترف الفقهاء للإرادة بدور رئيسي في إنشاء التصرف . فإن اختار الموصي - مثلا - أحد القوالب الشكلية التي حددها القانون لإجراء الوصية ولم يراع الإجراءات الشكلية المطلوبة بالنسبة للقالب الذي اختاره فإن وصيته تعتبر باطلة على هذا الأساس ولكنها تعتبر صحيحة إن كانت الإجراءات الشكلية الناقصة في هذا القالب الذي اختاره غير مطلوبة في قالب آخر لإجراء الوصية (١) .

وظهر دور الإرادة في التصرفات غير الشكلية بصورة أوضح ، فهي لا يعتد بها إلا إذا كانت صحيحة خالية من العيوب ، وهي تنتج آثارها سواء كان التعبير عنها صريحا أو ضمنيا (٢) . بل إن التعبير الضمني عن الإرادة أصبح ذا أثر فعال في التصرفات القانونية الشكلية منذ نهاية العصر العلمي . فالوارث يجب عليه أن يعلن رغبته بطريقة

---

(١) دكتور / صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني ، ص ٣٠١ .

(٢) يكون التعبير صريحا إذا كان يفيد المعنى المقصود منه بحسب المألوف بين الناس وبطريق مباشر ، بصرف النظر عن أداة التعبير . فالشخص قد يعبر عن إرادته بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة كتحريك رأسه أو أصبعه .

أما التعبير الضمني فهو يتضمن عملا إيجابيا ، من جانب من عبر عن إرادته ، يفيد المعنى الذي يقصده بطريق غير مباشر . فأداة التعبير التي استعملها لا تفيد - بحسب المألوف بين الناس - المعنى الذي يهدف إليه ، ولكن ظروف الحال والملابسات المحيطة تدل على حقيقة المقصود من جانبه . فقيام الوكيل بتنفيذ الوكالة التي لم يقبلها صراحة يعتبر دليلا على قبوله لها .

والتعبير سواء كان صريحا أو ضمنيا يختلف عن السكوت ، فالسكوت عدم . فهل السكوت يفيد التعبير عن الإرادة ؟ الأصل المقرر في القانون الروماني أن السكوت لا يدل على شيء ولهم في ذلك قول مأثور " لا ينسب إلى ساكت قول " "nam qui tacet non utique fatrtrtur" (موسوعة : ٥٠ ، ١٧ ، ١٤٢) . واستثناء من هذا المبدأ يعتبر السكوت رضا إذا أحاطت به ملابسات تفيد ذلك . من ذلك عدم اعتراض البنت على خطوبتها ، فسكوتها يدل على موافقتها (موسوعة : ٢٣ ، ١ ، ١٢ ، فاتحة) .

شكلية معينة فى قبول التركة ، فإن سلك مسلكا بالنسبة للتركة يدل على أنه وارث كأن استعمل الأشياء التى تركها المورث أو تصرف فيها ، اعتبر ذلك تعبير ضمنى عن رغبته فى قبول التركة ورتب عليه القانون نفس الآثار التى يرتبها على قبول التركة بالطريق الرسمى (١) .

وهكذا برز دور الإرادة فى إنشاء التصرفات القانونية بنوعيها (التصرفات التى تنشأ بإرادة مزدوجة كالعقد ، وتلك التى تنشأ بإرادة منفردة كالوصية) . فالشخص يستطيع اختيار النموذج الذى يروقه لإنشاء التصرف القانونى ، ولكننا مازلنا بعيدين عن مبدأ الرضائية . فالشخص لا يستطيع اختيار أنموذج آخر غير معروف فى القانون ، وإن اختار أحدها فهو لا يستطيع تعديل الآثار التى رتبها القانون على كل تصرف . وظل عقد الاشتراط الشفهى هو القالب العام الذى تفرغ فيه سائر أنواع الالتزامات .

جـ - انتصار فكرة الإرادة فى العقود فى العصر البيزنطى :

تدهور مبدأ الشكلية منذ عصر الإمبراطورية السفلى . فالإشهاد والدعوى الصورية بطل استعمالهما تقريبا ، والاشتراط الشفوى أصبح مجرد شرط دراج فى العقود حيث يذكر المتعاقدان أنه قد تم - خلافا للحقيقة - ومنذ صدور دستور الإمبراطور " ليون " (عام ٤٧٢م) تغلب المعنى على اللفظ بحيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى . وحتى بالنسبة للإجراءات الشكلية التى يتطلبها القانون بالنسبة لبعض التصرفات فإنها أصبحت مجرد ثوب خارجى تلبسه الإرادة ، مثل اشتراط الكتابة أو توثيق التصرف أمام الموثق المختص ... الخ (٢) .

وفى هذا العصر أيضا ظهر نوع جديد من الاتفاقات بعيدا عن الشكلية والرسمية عرفت باسم الاتفاقات الشرعية ، مثل الهبة . فقد اعتبر الأباطرة - وإرادتهم هى مصدر القانون فى هذا العصر - هذه الاتفاقات صحيحة ومنتجة لآثارها رغم أنها تتم بمجرد

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٠٢ .

(٢) انظر فى تفصيلات ظهور مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى ، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ١٦٦ وما بعدها .

التراضى . وفى هذا العصر أيضـا أصابت العقود غير المسـماة تطورا كبيرا وتعـددت تطبيقاتهـا .

ولم يقتصر الأمر على الاعتراف للإرادة بسلطان كبير فى إنشـاء التصرفـات القانونيـة بل تعداه إلى الاعتراف بقدرتها على تعديل مضمون التصرف . فهى أصبحت قادرة على تغيير آثار التصرف القانونى ما دامت لم تتجاوز الحدود التى رسمها القـانون ، بـل أصبـح فى مقدورها ، عن طريق اتفاق صريح تغيير الآثار الطبيعية للتصرف (مقتضى العقـد) ، أى الآثار التى يعتبرها القانون مـن صميم التصرف القانونى ومن آثـاره العاديـة ولكنهـا لا تستطيع تغيير الآثار الجوهرية (حكم العقد) (١) .

وقد ترتب على هذا التطور أن اعتبرت الإرادة ذاتها وليس الشـكل فـى التصرفـات الشكلية هى مصدر الإلتزام (٢) ، مما أدى إلى اشتراط خلوها من العيوب ووجـود سـبب تهدف إلى تحقيقه وأن تكون مطابقة لحقيقة ما قصده المتعاقدان .

ورغم هـذا التطـور نحو الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة لدرجة طغى معهـا علـى الشـكلية فإن القانون الرومانى – حتى عهد جستنيان – كان يعتبر الشكليـة هـى الأصـل العـام ولا يعـترف بمبـدأ سـلطان الإرادة إلا على سبيل الاسـتثناء. واسـتمر القـانون الرومـانى لايعترف للإرادة بسلطان فى إنشاء التصرفات القانونية إلا فى الحدود التى رسمها القانون ، فهى لا تستطيع إنشاء تصرفـات قانونيـة غير تلك التى حددها ونظمها القانون (٣) .

د – الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنـة :

التعبير عن الإرادة إن هو إلا دليل عليها . ولكن القانون الرومانى القديم كـان يرتـب الآثار القانونية للتصرف القانونى علـى الإجـراءات الشكليـة التى تظهر فيها الإرادة ،

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٠٣ .

(2) Monier (R.) : Manuel élémentaire de droit romain, T.2, 1948, P. 78: " la lutte séculaire entre le formalisme et la reconnaissance du rôle essentiel de la volonté des parties s'achevera dans le droit de Justinien par le triomphe de la (voluntas) ".

(3) Girard (P.F.) : Manuel élémentaire de droit romain, 1896, P. 417: " une régle, qui n'a jamais été abrogée, à laquelle on a sulement apporté avec le temps des dérogations de plus en plus nombreuses, mais qui n'en comportait pas au début, déclare la simple convention impuissante a faire naître une action, à créer un lien de droit".

ولا يحفل بالإرادة ذاتها . ولذلك كانت العبرة بالشكليـة وليس بـالإرادة ظـاهرة كـانت أم باطنـة .

وفى العصر العلمى والبيزنطى أصبح للإرادة دور رئيسى فى إنشاء وتحديـد مضمـون التصرف القانونى بحيث أصبح التعبير عن الإرادة مجرد دليل عليها . وفى معظم الحـالات تتساوى الإرادة الحقيقية والتعبير عنها . ولكن هناك حالات تختلف فيها الإرادة الحقيقيـة عن مظهرها الخارجى ، أى التعبير عنها . ففى هذه الحالات لا تعبر الإرادة الظاهرة بأمانة عن الإرادة الحقيقية . فهل يرتب القانون الآثـار القانونيـة علـى الإرادة الحقيقيـة أم علـى التعبير عنها ؟ فلو أخذ بالإرادة الحقيقية ، وهى إرادة كامنة فى نفـس صاحبهـا ولم يظهـر لها أثر فى المحيط الخارجى ، قيل أنه يأخذ بالإرادة الباطنة . أما إن أخذ بـالمظهر الخـارجى للإرادة ، أى بالتعبير عنها ، قيل بأنه يأخذ بالإرادة الظاهرة (١) .

والشرائع الحديثة منقسمه فى هذا الصدد إلى نوعين : نوع يغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ،ويتطلب دائما البحث عن الإرادة الحقيقية ، ويعتبر التعبير عنها مجرد دليل عليها بحيث يجوز نقضـه وإثبات عكس ما يفيده (٢) . وقد

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٠٦ .

(٢) انظر فى تفصيلات مفهوم نظرية الإرادة الباطنة :

- Gauguier : De l'interpretation des acts juricliques, Thèse, Paris 1898, P. 1.
- Demogue : Traitè des obligations en general, T. I, Paris 1923, P. 89.
- Dereux (G.) : L'interpretation des acts juridiques privè, Thèse, Paris 1905, P. 3.
- Flour (J.) : Les obligations, las acts juridique, Paris 1975, V.I, P. 83.
- Planiol et Ripert: Traitè pratique des droit civil francais, T. 6, Paris 1952, P. 109.
- Rieg (A.) : La rôle de la volontè dans l'acte juridique en droit civil Francais et Allamand, Thèse, Paris 1961, P. 357.
- Callatay (Edward, De) : Etude sur l'interpretation des convetions, Bruxelles. Paris 1947, P. 134.
- Domat : Les lois civils dans leur ordre naturel, T. I, P. 22.
- Talamon (C.) : Les pouvoirs de contrôle de la cour de cassation sur l'interpretation et l'application de contrats, Thèse, Paris 1928, P. 40.
- Cornu (Gerard) : Contrôl de la denaturation dans l'interprctation dans arrhes, Rev. Trim., 1967, P. 182.

رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبـدأ سلطان الإرادة بين القـانون الرومـانى والفقـه الإسلامى " ، ص ٤٠١ وما بعدها .

اعتنق نظرية الإرادة الباطنة القانون الفرنسى ، والقوانين التى سارت على دربه ، وقد كان لانتشار مبدأ سلطان الإرادة بالغ الأثر فى إزدياد هذه النظرية قوة وانتشارا ، لما فى ذلك من إعطاء الإرادة القدرة والحرية التى لا قيود عليها • أما النوع الثانى : فيغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة فيرتب الآثار القانونية فى ضوء التعبير الصادر من الشخص ، وفى ذلك ضمان لاستقرار المعاملات ، وقد نادى بهذه النظرية الفقهاء الألمان ، ولما كان اهتمام هذه النظرية بالمظاهر المادية بالغا ، فإن مبدأ سلطان الإرادة قد ضعف فى ظلها عنه فى نظرية الإرادة الباطنة (١) •

وفى القانون الرومانى يجب أن نميز بين عصرين : العصر العلمى ، والعصر البيزنطى . ففقهاء العصر العلمى كانوا يسترشدون فى تفسير التعبير عن الإرادة ، لتحديد دلالتها ومضمونها، ، بمعيار موضوعى سواء كان التعبير عن الإرادة يخضع لإجراءات شكلية ، كما هو الحال فى التصرفات الشكلية ، أم كان غير مقيد بشكل معين ، كما هو الحال فى التصرفات غير الشكلية. فهم يكتفون بالوقوف عند المظهر الخارجى للتعبير عن

---

(١) انظر فى تفصيلات مفهوم نظرية الإرادة الظاهرة :

- Meynial (E.D.) : La declaration de volontè, Rev. Trim., lère annèe, 1902, P. 550.
- Rieg (A.) : la rôle de la volontè dans l'acte juridigue en droit civil Francais et Allemand, Thèse, Paris 1961, P. 369.
- Flour (J.) : Les obligation, l'acts juridique, Paris 1975, V.I, P. 83.
- Bekaert (Hermann) : Introduction a l'ètude droit, Bruxelle 1964, P. 332 - 333.
- Delanoy (C.) : L'interpretation des testaments par les tribunaux, Thèse, lile 1973, P. 58.
- Grophe (F.) : Les principe de la bonne foi, Thèse, Paris 1928, P. 36.
- Chabas : De la declaration de volontè en droit civil francais, Thèse, Paris 1931, P. 77- 78.
- Demogue : Traitè des obligatins en gènèral, T.I, Paris 1923, P. 91.
- Maher (A.) : De l'autonomie de la volontè individuelle quant aux modification de contrats, Thèse, Montpellier 1913, P. 266.
- Saleille : Intrpduction a l'ètude du droit civil allemand, Paris 1904, P. 220.
- El- Wakil (Chams) : Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit civil egyptien, Paris 1952, P. 246.
- Hemard (Joseph) : Precis èlèmentaire de droit civil, T. 2, Paris 1932, P. 95.

رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدا سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ٤٠٧ وما بعدها •

الإرادة دون البحث بعد ذلك عما تكنه نفسية من عبر عن إرادته ، ويفسرون ما يصدر عنه من عبارات أو اشارات بحسب المألوف بين الناس بحسب ما كان يقصده هو شخصيا . ويبين من ذلك أن فقهاء العصر العلمى كانوا يغلبون الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . وهذا المسلك يتمشى مع تصور الفقهاء الرومان للتصرف القانونى. فمبدأ سلطان الإرادة لم يكن معترفا به فى القانون المدنى إلا فى النطاق الذى رسمه القانون . أما فقهاء العصر البيزنطى ، حيث اعترف فى عهدهم للإرادة بدور رئيسى فى إنشاء التصرف القانوني وتحديد مضمونه ، فكانوا يغلبون الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، فهم يحللون عبارات وإشارات من عبر عن إرادته بالاستعانة بشتى الوسائل ، بغية الوقوف على إرادته الحقيقية وما تكنه سريرته ، وبذلك أصبحت نية من عبر عن إرادته – وليس التعبير عن الإرادة – هى قوام التصرف القانونى (١) .

ثالثا : تفسير التصرف القانونى :

أ – أهمية التفسير وتعريفه :

تحتل نظرية تفسير التصرفات القانونية بصفة عامة – والعقود بصفة خاصة – أهمية كبيرة فى الأنظمة القانونية المختلفة ، فقد أولاها المشرع فى مختلف دول العالم عناية خاصة ، وأفرد لها مجموعة من القواعد القانونية التى تتضمن الأساس القانونى للنظام الذى تنتهجه كل دولة والأساليب القانونية التى تساعد القاضى على أداء مهمته (٢) .

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٠٧ .

(٢) انظر فى تفصيلات هذا الموضوع :

دكتور / عبد الحكم فوده : تفسير العقد فى القانون المدنى المصرى والمقارن،رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٨٥، ص١ .

دكتور/محمد صبرى السعدى:تفسير النصوص فى القانون الخاص"دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى" ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٧٧ .

- Dereux : L'interprètation des actes juridiques privè, Thèse, Paris 1905.
- Gaudemet (J.) : L'interprètation des lois et des actes juridiques dans le mode antique, Paris 1970.
- El Chiati (A.Z.) : La formation du contrat et son interprètation dans le nouveau code civil Egyptien, Rev. Al Qanoun wel Iqtisad, An. XIX, 1949, P. 45.

وتفسير التصرف القانونى ، هو عبارة عن تحديد مضمونه ، أى التعرف على الآثار التى يمكن أن تترتب عليه . وتثور مشكلة التفسير عند إفتقاد التطابق بين الإرادة والتعبير عنها ، فكل تصرف قانونى يستلزم وجود عنصرين أساسيين : الإرادة وهى أمر نفسى بحت ولا تنتج آثارا قانونية طالما ظلت حبسية فى ذات المتعاقد ، والعنصر الثانى هو التعبير وهو أمر خارجى ظاهر يمكن عن طريقه فهم الإرادة ، وهو الذى يجعل الإرادة إرادة قانونية يحفل بها المشرع . وهذان العنصران متكاملان ، بحيث أن كلا منهما – مستقلا عن الآخر – لا قيمة له ، والقيمة كل القيمة فى اجتماعهما متطابقين ، وبحدوث هذا التطابق لا مجال للتفسير ، إذ أن إجراءه فى هذه الحالة يعد تحريفا ومسخا للتصرف القانونى . بيد أن الأمور لا تسير دائما على هذا النحو من التطابق التام ، وعندئذ تتولد المشكلة ويتعين وجود حل فى هذا الصدد (١) .

ب – صور التفسير :

يمكن أن نميز فى هذا الصدد بين معيارين : التفسير الشخصى ، والتفسير الموضوعى .

فالتفسير الشخصى يهدف إلى التعرف على ما أراده المتعاقدان من التصرف الذى أبرماه ، أى التعرف على قيمة التعبير على ضوء الإرادة التى تحدده ، فهو يقوم على البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين (فهو تفسير للإرادة) . وقد جرت العادة – فيما يتعلق بالتفسير الشخصى –على التمييز بين التفسير النموذجى والتفسير الفردى .

والتفسير النموذجى يهدف إلى التعرف على إرادة المتعاقدين من خلال الألفاظ المستعملة وفقا لمعيار الشخص العادى ، أما التفسير الفردى فلا يهدف إلى معرفة ما الذى كان يريده الشخصى العادى من وراء التعبير ، بل مقتضاه أن ينظر إلى ذات الشخصى الذى تعاقد لمعرفة ما أراده فى هذه الحالة بعينها . ومما هو جدير بالذكر أن من بين هذين النوعين نجد أن التفسير الفردى هو التفسير الذى يتعلق حقيقة بالإرادة ، أما

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ٢٩٠ .

التفسير النموذجي فيتضمن معرفة القيمة الموضوعية والمجردة للتصرف رغبة فى إضفاء الحماية له والتحقق من محتواه ، وتطبيقا لمعيار عام للمسئولية يقضى بوجوب أن يستخلص من الأفعال التى يقوم بها الأفراد نفس المعنى المستفاد منها بالنسبة للجميع (١) .

جـ - مدى أخذ القانون الرومانى بمبدأ التفسير الشخصى :

لقد كان لتطور القانون الرومانى فى مجال التفسير الشخصى اعتبار خاص . إذ أن القانون الرومانى القديم كان يضفى الأهمية بصفة خاصة على التعبير الرسمى ، وكانت الآثار القانونية ترتبط بالتعبير بحسب معناه فى العالم الخارجى . وقد تصدى الفقه فى العصر الجمهورى لتفسير بعض المسائل على أساس مبدأ التطابق بين الإرادة والتعبير (٢) ، وفى عصر شيشيرون (أواخر العصر الجمهورى) ، وضحت المعايير الرئيسية للتفسير التى سيتبعها الفقه فى العصر العلمى .

والمعيار العام أو الرئيسى الذى وضعه الفقه فى العصر الجمهورى هو وجوب البدء بتحليل التعبير ومعرفة مدلوله ومعناه الموضوعى ، حتى يمكن الوصول إلى إرادة المتعاقد والحكم بمدى التطابق الموجود بينهما . ولقد أكد الفقهاء الرومان أنه يجب تفسير التعبير بحسب روحه ، أى أن يكون التفسير واسعا أو ضيقا وفقا للمعنى الذى أراد المتعاقد خلعه على هذا التعبير . وكانت تبذل عناية فائقة بهذا الخصوص حينما كان الأمر يتعلق بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، رغبة من الرومان فى توفير الاحترام الكامل لإرادة الميت وتنفيذ رغباته . ولكن من المبادىء المقررة فى ميدان التفسير أيضا ، والتى تضع حدا لنشاط المفسر ، أنه إذا كان مضمون الإرادة يخالف تماما المضمون الموضوعى للتعبير فلا يمكن أن ينتج هذا الوضع أى أثر قانونى .

وفى هذا الصدد يجب ملاحظة أن مسألة التفسير الشخصى لم تكن تثور فى مجال التصرفات الشكلية التى تضمنها القانون المدنى ، فإذا نص القانون على أن أثرا معينا

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٢٤ .

(2) Savigny : Traitè de droit romain, Paris 1856, P. 112 et 354.

يترتب على استعمال شكل معين ، يكون البحث عن إرادة المتعاقدين الذين استخدما هذا الشكل لغوا لا قيمة له فى مجال القانون المدنى ، إذ أنه لا يلتفت إلى ما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية (١) . ومع ذلك ، فإن فقهاء العصر العلمى طبقوا التفسير الشخصى كذلك ، وتمكنوا - بمساعدة البريتور - من استعمال وسائل علاجية بريتورية للوصول إلى نتائج يستبعدها القانون المدنى (٢) .

ولم يستعمل التفسير الشخصى للحد من الشكلية فى النظم القانونية الرومانية فقط ، بل استخدم أيضا لمعالجة طابع التجريد الذى تتسم به تصرفات القانون المدنى ، وكذلك إذا كان الشكل الخارجى يقبل تنوع التفسيرات . ومن ثم استعان الرومان فى الحالات المذكورة بنية المتعاقدين (٣) .

رابعا : عيوب الإرادة وأثرها على التصرف القانونى :

من المستقر عليه فقها أن عيوب الإرادة لم تظهر فى بدايات القانون الرومانى ، حيث كان مبدأ الشكلية هو المسيطر تماما على تكوين العقود ، وحيث لا تترتب الآثار القانونية إلا إذا كانت العقود مستوفية للإجراءات الشكلية . أما الاتفاق بين طرفى الرابطة القانونية فلم يكن القانون الرومانى يرتب عليه أية آثار قانونية أمام القانون ، ونشأ عن ذلك قاعدة " الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام " . وقد تم إعطاء الإرادة قسطا من الأثر

---

(1) Petit (Eugene) : Traitè èlèmentaire de droit romain, Paris 1909, P. 219.
- May (Gaston) : Elèments de droit romain, Paris 1907, P. 257.
- Monire : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1948, P. 91.
- Girard : Manuel de droit romain, 1929, P. 728.

(2) Ciq : Manuel des institutions juridiques des romans, Paris 1928, P. 41 et s.
- Vonglis : L'esprit de loi, P. 129.

(٣) ويرى الأستاذ الدكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى أن : قانون جستنيان لم يخلق شيئا جوهريا جديدا بالنسبة للنتائج التى توصل إليها الفقه الرومانى من قبل . فاقتصر دور جستنيان على تعميم هذه النتائج والمبالغة فيها . ولذلك لا يمكن الزعم - كما يدعى بعض المشتغلين بالدراسات الرومانية - بأن التفسير الشخصى الفردى كان من عمل هذا الإمبراطور " ، انظر مؤلف سيادته : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٢٥ .

القانونى كنتيجة لتطور القانون الرومانى حيث ساد مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للعقود الرضائية التى ظهرت بجانب العقود الرسمية وكذلك ظهرت الاتفاقات البريتورية التى سادت فيها إرادة الطرفين على نظام الشكلية (١) ٠

وبذلك فإن عيوب الإرادة تظهر فى العقود الرضائية والاتفاقات البريتورية وعقود حسن النية ، أما بالنسبة للعقود الرسمية فلا تظهر فيها عيوب الإرادة لأنها بمجرد استكمال الشكل المقرر لهذا العقد يكون ملزما لأطرافه بصرف النظر عن مدى اتجاه نيتهما أو قصدهما . ويمكن رد عيوب الإرادة فى القانون الرومانى إلى ثلاثة عيوب هى : الغلط والتدليس والإكراه (٢) ٠

أ - الغلط :

يقصد بالغلط عند الرومان ذلك الوهم الذى يؤدى إلى إعدام الإرادة ، وجزاؤه بطلان العقد . أما الغلط الذى يفسد الإرادة دون أن يعدمها فلا أثر له على التصرف القانونى الذى يظل صحيحا منتجا لآثاره حتى ولو كان هذا الغلط هو الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد . ولذلك فالقانون الرومانى لم يعرف فكرة قابلية العقد للإبطال بسبب الغلط ، ولعل السبب فى ذلك هو رغبة الرومان فى استقرار المعاملات ، ويؤكد ذلك النظر أن الغلط لا يبطل التصرف عندهم إلا إذا كان غلطا مغتفرا ، أى الذى لا يرجع إلى الإهمال البين فى معرفة حقيقية الشىء محل التعاقد ، أو وضع ثقة لاحد لها فى شخصية

---

(١) رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ٢٥٨ ٠

(٢) لا يمكن اعتبار " الغبن " أحد عيوب الإرادة ،إذ " الغبن "هو عدم التناسب بين قيمة ما أعطاه أحد المتعاقدين للطرف الآخر فى العقد وبين ما أخذ منه . فالغبن إذن قائم على فكرة إقتصادية ولا شأن له بعيوب الرضا ، فالأصل أن الغبن مهما كان فاحشا لا يؤثر على التراضى وبالتالى على صحة العقد ، فالرجل ذا الأهلية يتحمل نتائج تصرفه وليس له حق الشكوى عن عمل نفسه . وقد استثنى القانون الرومانى من تلك القاعدة الحالتين الآتيتين : (أ) إذا لحق الغبن القاصر عن الخامسة والعشرين سنة ، فقد أعطاه حق طلب فسخ العقد وإعادة الشىء إلى أصله ٠ (ب) الأشخاص =

المتعاقد الآخر ، ومن هنا تقررت قاعدة " لا عبرة بالظن البين خطؤه " (١) •

والغلط الذى يمنع من صحة العقد ويعدم الرضا فىالقانون الرومانىهو: ١ -الغلط فى

= الذين جاوزوا سن الخامسة والعشرين من عمرهم فليس لهم حق فسخ التصرف إلا فى حالة بيع العقار ، وبشرط أن يكون الثمن المتفق عليه فى البيع يقل عن نصف قيمة المبيع الحقيقية ، فله فى هذه الحالة فسخ البيع واسترداد المبيع إلا إذا قبل المشترى تكملة الثمن ، وقد تقرر هذا الحكم بمقتضى دستور صادر من الإمبراطور " دقلد يانوس " على أثر الأزمة الإقتصادية فى أواخر القرن الثالث الميلادى . انظر فى ذلك ، دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى ، طبعة ١٩٥٦ ، ص ٥٤٢. دكتور / صبيح مسكونى : القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٨ ، ص ٣٥٣ . دكتور / عمر ممدوح مصطفى : القانون الرومانى ، الطبعة الخامسة ١٩٦٥ / ١٩٦٦ ، ص ٤٨٢ •

وانظر تفصيلا عن موضوع الغبن فى القانون الرومانى ، دكتور / توفيق حسن فرج : نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عام ١٩٥٧ ، ص ٩٦ : ١٠١ والمراجع العديدة التى أشار إليها سيادته فى هذا الصدد •

(١) يختلف مدلول الغلط فى القانون الحديث عنه فى القانون الرومانى ، فالقانون الحديث يقصر مدلول الغلط على الحالات التى يصل فيها الغلط إلى فساد الإرادة دون أن يصل إلى درجة إعدامها ، ويجل جزاؤه قابلية العقد للإبطال إذا بلغ الغلط من الجسامة حدا بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد إذا لم يكن قد وقع فى هذا الغلط . أما الحالات التى يصل فيها الغلط لدرجة إعدام الإرادة كالغلط فى ماهية التصرف القانونى ، فإن هذا الغلط يسمى غلطا مانعا ، أى يمنع من نشوء التصرف القانونى ويستبعده الفقه الحديث من النطاق الفنى لفكرة الغلط • دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٨٦ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٤٦٣ •

وانظر فى تفصيلات الغلط كعيب من عيوب الإرادة فى القانون الرومانى :

- **Cartheodory : De l'erreur en matiere civil d'après le droit romain, Leipzig 1860.**

- Savigny: Traitè de droit romain, Paris 1856.

ويراجع بصفة خاصة البحث القيم الشديد التعمق للأستاذ الدكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : نظرية الغلط فى القانون الرومانى " دراسة تحليلية وتأصيلية لفكرة الغلط مع تحليل شامل للنصوص " ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٧٤ •

الطبيعة القانونية للتصرف القانونى . ٢- الغلط فى شخص المتعاقد . ٣- الغلط فى الشيء محل التصرف (١) .

فالغلط فى الطبيعة القانونية للتصرف هو عبارة عن الغلط فى ماهية التصرف القانونى ، ويعد ذلك الغلط مانعا من نشوء التصرف القانونى لأن الإرادة هنا منعدمة ، والإرادة هى جوهر التصرف القانونى . فمن شروط انعقاد العقد توافق الإرادتين ، وفى الحالة التى نحن بصددها لم تتوافق الإرادتين ، فأحد المتعاقدين إتجهت إرادته إلى إبرام تصرف قانونى معين ، والمتعاقد الآخر إتجهت إرادته إلى إبرام تصرف مغاير ، ومن أمثلة ذلك أن يعطى أحد المتعاقدين للآخر مبلغا على أنه قرض فيأخذه المتعاقد الآخر على أنه هبة . والقواعد التى تحكم الغلط فى ماهية التصرف القانونى - كعيب من عيوب الإرادة - تنطبق على التصرفات الشكلية وغير الشكلية وإن كان يندر وقوع الإرادة فى الغلط فى التصرفات الشكلية لما يحيطها من إجراءات وطقوس (٢) .

---

(١) الأستاذ / على بدوى : مبادىء القانون الرومانى ، الجزء الأول فى الأشخاص والأموال والالتزامات ، الطبعة الثانية ١٩٣٦ ، ص ٢١٣ .

دكتور / عبد السلام ذهنى : مذكرات فى القانون الرومانى ، نظرية الإلتزامات عند الرومان ، طبعة ١٩٢٢/ ١٩٢٣ ، ص ٤٢ .

- Lepointe : Les obligation en droit romain, Paris 1956, P. 134.

وبالنسبة للغلط فى القانون ، ويقصد به الغلط فى وجود قاعدة قانونية أو فى مضمونها ، كأن يظن شخص أن سن الرشد هى عشرون سنة بينما هى فى عصر الإمبراطورية السفلى خمسة وعشرون سنة . والأصل فى القانون الرومانى أن الجهل بالقانون ليس بعذر ، ولذلك لا أثر للغلط فى القانون على التصرف القانونى ، وذلك على خلاف القانون الحديث . غير أنه على سبيل الاستثناء أبيح لبعض الطوائف وبشروط خاصة ، مثل القصر عن خمسة وعشرون سنة والنساء والجنود وأهل الريف ، طلب إبطال العقد إذا وقعوا فى غلط فى القانون . أما القوانين الحديثة ، فتسوى بين الغلط فى القانون والغلط فى الوقائع وتجعل العقد فى الحالين قابلا للإبطال إذا كان الغلط هو الدافع إلى إبرامه . دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٦٤ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٢١ .

أما الغلط في شخص المتعاقد فهو الغلط الذى يحدث في ذاتية من وجه إليه التعبير عن الإرادة ، ويختلف أثر هذا الغلط بحسب ما إذا كانت شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار في العقد أم لا . ففي بعض التصرفات القانونية – سواء كانت من جانب واحد أم من جانبين – تكون شخصية من وجه إليه التعبير عن الإرادة محل اعتبار فى نظر من صدر عنه التعبير عن الإرادة ، وفي بعضها الآخر لا تكون شخصيته محل اعتبار . وقد تقرر في القانون الرومانى – منذ العصر العلمى – أن الغلط الذى يؤدى إلى انعدام الرضا ، ومن ثم إلى بطلان التصرف القانونى ، هو الغلط فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصية من وجه إليه التعبير عن الإرادة محل اعتبار فى العقد ، أما فى الحالات التى لا تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار فى العقد فلا أثر لذلك الغلط . أما الغلط فى صفات المتعاقد ، فلا يؤثر على الرضا ، ولا يمنع من صحة العقد ، ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه حر فإذا به عبد ، أو يتعاقد معه على أنه بالغ فإذا به قاصر على خمسة وعشرون سنة (١) ٠

وبالنسبة للغلط فى الشيء محل التصرف ، فهنا يجب التفرقة بين الغلط فى ذاتية الشيء ، والغلط في جوهر الشيء ، والغلط فى صفة من صفاته ٠

فإذا وقع غلط في ذاتية الشيء محل التصرف القانونى ، يبطل التصرف لانعدام الإرادة سواء فى ذلك التصرفات الشكلية أم التصرفات غير الشكلية ، وسواء كانت تصرفات من جانب واحد أم تصرفات من جانبين . والمقصود بالشيء فى خصوص الغلط فى ذاتيته فى هذا الصدد الشيء الرئيسى محل التصرف ، فإذا لم يقع الغلط فى ذاتية الشيء الرئيسى ولكنه وقع فى أحد الأشياء التابعة له ، صح التصرف ، ولا أثر للغلط فى التوابع على التصرف نفسه ، ويلحق بالغلط فى ذاتية الشيء ، الغلط فى قدرة أو ثمنه فى العقود الرضائية فقط إذا انصرفت إرادة المدين إلى الالتزام بمبلغ أو قدر أقل من ذلك الذى انصرفت إليه إرادة الدائن فيبطل العقد لعدم توافق الإراتين ، أما إذا انصرفت إرادة الدائن ، صح العقد والتزم المدين بالوفاء فى حدود المبلغ الأقل ٠

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٦٦ ٠

وإذا وقع الغلط فى جوهر الشىء ، أى الغلط الذى يقع فى مادة الشىء ، فإنه لا يؤثر على العقد فى عقود القانون الضيق ، مادام أن المتعاقد لم يبين فى العقد الصفة التى يتطلبها مادام لم يقع من المتعاقد الآخر تدليس . أما إذا كان العقد من عقود حسن النية - كعقد البيع - فإن الغلط فى جوهر الشىء يعدم الرضا ويمنع من انعقاد العقد . والمقصود بالجوهر هنا المادة التى يتكون منها الشىء ، فمثال الغلط فى الجوهر أن يشترى شخص آنية على أنها من ذهب فإذا بها من نحاس أو فضة مذهبه ، أو أن يشترى زجاجات من النبيذ يظهر فيما بعد أنها خل .

أما الغلط فى صفة من صفات الشىء ، فهو الغلط فى الصفات التى لا ترجع إلى جوهر الشىء ، فإنه لا يؤثر على صحة الرضا . مثال ذلك شخص يشترى آنية معتقدا أنها من الذهب الخالص فإذا بها من ذهب ردىء (١) .

وفى صدد بيان " طبيعة الغلط " يفرق الفقه الحديث بين الحالات التى يصل فيها الغلط إلى درجة إعدام الإرادة ، وتلك التى يقتصر أثره فيها على إفسادها دون القضاء عليها . ويطلق على النوع الأول الغلط المانع ، أى الذى يمنع نشوء التصرف القانونى ، ويستبعده الفقه من النطاق الفنى لفكرة الغلط ، ويقتصر مدلول الغلط على الحالات التى يؤدى فيها الغلط إلى إفساد الإرادة دون أن يصل إلى درجة إعدامها ، لذلك يعتبر الغلط فى القانون الحديث عيبا من عيوب الإرادة يقتصر أثره على جعل التصرف القانونى قابلا للإبطال بالنسبة لمن وقع فى الغلط .

بيد أن طبيعة الغلط فى القانون الرومانى على خلاف ذلك ، حيث لا أثر للغلط على التصرف القانونى إلا إذا كان واقعا فى ماهية التصرف القانونى ، أو فى ذاتية الشىء محل التصرف (وكذلك فى جوهره بالنسبة لتصرفات حسن النية) ، أو فى شخص من وجه إليه التعبير عن الإرادة إذا كانت شخصية محل اعتبار ، ويجمع بين هذه الحالات جميعا أن الغلط يعدم الإرادة ، ولذلك قرر القانون الرومانى بطلان التصرف القانونى فى

---

(1) Monier. Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 99.
- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1933, P. 273.

هذه الحالات ، والبطلان هنا مطلق لو استعملنا التعبير الحديث ، أما الحالات التى يعيب فيها الغلط الإرادة دون أن يمس وجودها كالغلط فى الصفة أو فى الباعث على إبرام التصرف القانونى ، فلا أثر لها على التصرف القانونى إذ يظل صحيحا منتجا لآثاره حتى ولو كان الغلط فى الباعث أو فى الصفة هى الدافعة إلى التعاقد •

ومعنى ذلك أن القانون الرومانى لا ينظر إلى الغلط باعتباره عيبا فى الإرادة ، بل ينظر إليه ويعتد به فقط فى الحالات التى يقضى فيها على الإرادة . ولذلك قال الفقهاء الرومان " إن الغلط يمنع من وجود الرضا " ، ومن أجل ذلك لم يعرف القانون الرومانى فكرة قابلية التصرف القانونى للإبطال للغلط ، فإما أن تكون الإرادة موجودة وحينئذ يصح التصرف القانونى حتى ولو كان هناك غلط أدى إلى فسادها ، وإما أن تكون منعدمة إذا كان الغلط قد وصل إلى درجة القضاء عليها فيبطل التصرف القانونى •

ولعل السبب الذى دعا القانون الرومانى إلى حصر نطاق بطلان التصرف القانونى بسبب الغلط ، وعدم التسليم بقابلية التصرف القانونى للإبطال للغلط ، هو الرغبة فى ضمان استقرار المعاملات . ويؤيد هذا النظر أن الغلط لا يكون مبطلا للتصرف القانونى إلا إذا كان غلطا مغتفرا ، ومعنى الغلط المغتفر الغلط الذى لا يرجع إلى الإهمال البين فى معرفة حقيقة الشيء محل التصرف أو الغلط الذى لا يرجع إلى وضع ثقة لاحد لها فى شخصية من وجه إليه التعبير عن الإرادة إذا كانت شخصية محل اعتبار (١) •

ب - التدليس :

عرف الفقيه " لابيو " التدليس بقوله : " التدليس هو كل خداع أو تمويه أو احتيال بقصد التعمية على إنسان لتضليله والعبث بحريته واختياره " (٢) •

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٢٨ •

(٢) الأستاذ / عبد العزيز فهمى : قواعد وآثار فقهية رومانية ، القاهرة ١٩٤٧ ، ص ٤٦ •

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن الفقه الحديث يفرق بين الغش والتدليس ، ويقصد بالتدليس ذلك النوع من الغش الذى يصاحب تكوين العقد ،ويقصد بالغش كل خدعة تقع بعد انعقاد العقد - أثناء تنفيذه مثلا- أو خارج نطاق العقد ، يقصد الإضرار بصاحب الحق.أما القانون الرومانى فقد كان يجوز استعمال الوسائل التى ابتدعها البريتور للمعاقبة على الطرق الاحتيالية ، سواء =

فالتدليس عبارة عن استعمال طرق احتيالية بقصد حمل الشخص على القيام بأمر معين ، فإذا كانت الوسائل الاحتيالية قد استعملت فى مجال التصرفات القانونية فإنها تؤدى إلى قيام وهم فى ذهن المدلس عليه يدفعه إلى إبرام التصرف القانونى . ومعنى ذلك أن الظرف الاحتيالية تؤدى إلى وقوعه فى الغلط ومن ثم يمكن إبطال العقد على أساس الغلط . والفارق الوحيد بين التدليس والغلط هو أن الوهم الذى يثور فى ذهن المدلس عليه جاء نتيجة للطرق الاحتيالية التى استعملها المدلس ، بينما فى الغلط يثور هذا الوهم من تلقاء نفسه دون تدخل من الطرف الآخر فى العقد ، ولذلك قد يقال بأن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس (١) .

بيد أن القانون الرومانى لم يعتد بالغلط إلا إذا وصل إلى درجة إعدام الرضا ، ويظل عديم الأثر على العقد فى الحالات التى يعيب فيها الإرادة دون أن يقضى عليها ، ولذلك لم يعتبر الغلط عيبا من عيوب الإرادة . ومن هنا شعر الرومان بضرورة وضع تنظيم قانونى يكفل حماية المتعاقد الذى وقع فى غلط يعيب إرادته ولم يصل إلى درجة إعدامها إذا كان هذا الغلط قد جاء نتيجة لاستعمال وسائل الغش والخداع (٢) .

والقانون الرومانى – على خلاف الشرائع الحديثة – لا ينظر إلى التدليس باعتباره عيبا من عيوب الإرادة ، ومن ثم لا يجعل العقد قابلا للإبطال ، فهو لا أثر له على العقد

= وقعت أثناء إبرام التصرف القانونى أم بعده أثناء تنفيذه . ولذلك استعملت النصوص فى بعض الأحيان تعبير الغش fraus كتعبير مرادف لتعبير التدليس dolus .

(١) انظر فى تفصيلات التدليس كعيب من عيوب الإرادة فى القانون الرومانى :

- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928.
- Mazeaud (Henri et leon) - Tunc (Andre) : Traitè thèorique et pratique de la responsablitè civil, 1957.

(٢) ومن أمثلة ذلك الغلط الواقع فى جوهر الشيء فى التصرفات الشكلية ، والغلط فى صفة الشيء فى سائر أنواع التصرفات القانونية الشكلية وغير الشكلية . ففى هاتين الحالتين لا يمكن إبطال العقد إن كان الغلط تلقائيا ، ولكن البريتور وضع تحت تصرف من وقع فى مثل هذا الغلط – نتيجة لاستعمال الطرق الاحتيالية – عدة وسائل يستطيع بمقتضاها إبطال العقد من الناحية الفعلية رغم بقائه صحيحا من الناحية النظرية . دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٧٢ .

إلا إذا أدى إلى الوقوع فى غلط معدم للرضا ، وحينئذ يبطل العقد لا بسبب التدليس ولكن بسبب الغلط المعدم للرضا ، إذ لا يوجد عقد بدون ركن الرضا ، وفى هذه الحالة يكون العقد باطلا . أما إذا كانت الطرق الاحتيالية التى لجأ إليها أحد المتعاقدين لم تولد فى ذهن المتعاقد الآخر وهما يصل إلى حد القضاء على الرضا ، بل فقط أفسدت رضاه ، فإن العقد يظل صحيحا ومنتجا لآثاره من وجهة نظر القانون المدنى ، غاية الأمر أنه يجوز للمدلس عليه استعمال الوسائل التى ابتدعها البريتور لحماية المدلس عليه ، وهذه الوسائل تؤدى إلى إبطال العقد من الناحية الفعلية ، أو حصول المدلس عليه على تعويض نقدى . ولم يصبح التدليس عيبا من عيوب الإرادة ، بحيث يجوز قانونا للمدلس عليه طلب إبطال العقد ، إلا فى عهد جستنيان حينما إندمج القانون البريتورى فى القانون المدنى ، فحينئذ أصبح يجوز بمقتضى دعوى العقد – فى عقود حسن النية – طلب إبطال العقد (١) .

وبالرجوع إلى منشور البريتور وأقوال الفقهاء الرومان ، يمكن إجمال شروط التدليس المعاقب عليه فى مجال التصرفات القانونية فى ثلاثة شروط هى : استعمال الحيلة بقصد تحقيق غرض غير مشروع ، أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر ، وأن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد (٢) .

ومنذ عهد البريتور " أكويليوس جالوس " أصبح التدليس جريمة بريتورية يعاقب عليها . وقد نص البريتور فى منشوره على العقاب على التدليس فى مجال التصرفات القانونية سواء كان هذا التصرف عبارة عن عقد من العقود (مثل عقد البيع) أم عملا ناقلا للملكية (مثل الإشهاد) أم اتفاقا يؤدى إلى انقضاء الالتزام (مثل الإبراء) . وأول وسيلة ظهرت للعقاب على التدليس هى دعوى التدليس التى أنشأها البريتور " أكويليوس جالوس " عام ٦٦ ق .م ، وبعد ذلك بقليل ظهر الدفع بالتدليس وأمر عادة الشىء إلى أصله بسبب التدليس . وهذه الوسائل الثلاث تهدف إلى حرمان المدلس من

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٣٢ .

(٢) انظر فى تفصيلات هذه الشروط رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ٢٧١ وما بعدها .

=

الفوائد التى تعود عليه من التصرف الذى أجراه باستعمال الطرق الاحتيالية ، أو إلزامه بدفع تعويض إلى المدلس عليه (١) . ويجب أن نلاحظ أن البريتور لم ينشىء هذه الوسائل إلا للعقاب على التدليس فى عقود القانون الضيق ، أما فى عقود حسن النية فالمدلس عليه ليس فى حاجة إلى هذه الوسائل لأن دعوى العقد تكفل حمايته . ذلك أن صيغة برنامج الدعوى التى تحمى عقود حسن النية تعطى للقاضى سلطة واسعة فى تقدير مسلك المتعاقدين طبقا لما تمليه قواعد حسن النية ، أى طبقا لما تقتضيه قواعد الأمانة والصدق فى المعاملات ، ومن ثم يدخل فى سلطته التقديرية حماية المتعاقد المدلس عليه . ولذلك كانت دعوى العقد كافية لحماية المدلس عليه الذى نفذ عقدا أبرمه تحت تأثير التدليس . فإن كان العقد لم ينفذ بعد استطاع أن يدفع بالتدليس فى مواجهة المدلس حينما يطالبه بتنفيذ العقد . وهو ليس فى حاجة إلى ذكر هذا الدفع صراحة فى برنامج الدعوى لأن هذا الدفع مفهوم ضمنا فى صيغة برامج دعاوى حسن النية . أما دعاوى القانون الضيق حيث سلطة القاضى مقيدة بما جاء فى برنامج الدعوى وبالألفاظ التى استعملها المتعاقدان دون اعتبار لما تقضى به قواعد حسن النية ، فإن المدلس عليه لا يتمتع بأية حماية لأن القانون المدنى كان لا يعاقب على التدليس ، ولذلك شعر البريتور بضرورة سد النقص الموجود فى القانون المدنى فجعل من التدليس جريمة عاقب عليها فى منشوره ومنح المدلس عليه الوسائل الثلاث السابق ذكرها (٢) .

جـ - الإكراه :

الإكراه هو التهديد بإحداث ضرر مادى أو أدبى ، حال أو مستقبل ، ومن شأنه تخويف الشخص المهدد ليرضى بالعقد وهو تحت سلطان الخوف . أو هو غصب الملتزم على التعاقد بالإرهاب (٣) .

= دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٣٥ وما بعدها .

(1) May (Gaston) : Elements de droit romain, Paris 1920, P. 298 - 299.

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٣) دكتور / عبدالسلام ذهنى: مذكرات فى القانون الرومانى،نظرية الإلتزامات عند الرومان،ص٤٦ .

وانظر فى تفصيلات الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فى القانون الرومانى :

- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928.
- Savigny : Traitè de droit romain, Paris 1856.

ولا يمنع الإرهاب من أن يكون لمن تعاقد تحت تأثيره إرادة ، وإن كان الإرهاب هو الموجب لها . ولذلك فلا يترتب عليه بحال من الأحوال عدم قيام العقد لعدم الرضاء ، وإنما يلاحظ أن الوسائل التى قررها البريتور للعقاب على الإكراه تمكن المكره فى الواقع من فسخ العقد (١) .

ففى الأصل كان العقد الحاصل تحت تأثير الإكراه يعتبر صحيحا باعتبار أن الإكراه لا يعتبر من عيوب الرضا . وكان لهذا الأمر ما يبرره إذ أن العقود كانت تتم وفق أوضاع شكلية يشهد عليها ، فلا مجال للإكراه فى التأثير عليها . ولم يكن يحمى القانون سوى الشخص الذى نفذ عليه التهديد فعلا وذلك بإيقاع العقوبات على من استعمل التهديد ونفذه . وعند ما ظهرت العقود الرضائية الخالية من الشكليات ، تدخل البريتور لحماية المتعاقدين من الإكراه ، معتبرا الإكراه أولا جريمة معقاب عليها ، وتقريره ثانيا عدم نفاذ التصرفات القانونية الواقعة تحت تأثير الإكراه بالنص بما يفيد ذلك فى منشوره بالعبارة التالية " لن أعتبر صحيحا ما تم تحت تأثير الرهبة " (٢) .

والقانون الرومانى يستلزم شرطان لتحقق الإكراه ،أن يكون الخطر المهدد به جسيما ، والمعيار فى تقدير جسامة الخطر أو القدرة على إيقاع الإكراه هو معيار موضوعى يتحدد بتأثيره على الشخص الشجاع . وأن يكون الخطر المهدد به بدون وجه حق ، أى الضغط على شخص لدفعه إلى القيام بعمل غير ملزم به قانونا (٣) . وقد قام البريتور بتقرير وسائل ثلاث لحماية من تعاقد تحت تأثير الإكراه هى:دعوى الإكراه ، والدفع بالإكراه ، وإعادة الشيء إلى أصله (٤) .

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى ، ص ٥٤٠ .

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٤٢٢ .

(٣) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٣٤ .

(٤) انظر فى تفصيلات وسائل حماية من تعاقد تحت تأثير الإكراه ، رسالتنا للحصول على درجة الدكتوراه " مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى " ، ص ٢٧٨ وما بعدها .

د - أثر عيوب الإرادة فى التصرف القانونى :

يعتبر الفقه الحديث الغلط والتدليس والإكراه عيوبا فى الإرادة ، ولكنه يفرق فى هذا الصدد بين ثلاث حالات : الحالة التي يصل فيها العيب الذى شاب الإرادة إلى درجة إعدامها ، ويوصف التصرف القانونى فى هذه الحالة بأنه باطل بطلانا مطلقا أى لا يرتب عليه القانون أى أثر (ومن أمثلة ذلك الغلط الواقع فى ماهية التصرف القانونى) . والحالة التى لا يكون فيها العيب معدما للإرادة ولذلك يعتبر القانون التصرف القانونى تصرفا صحيحا ومنتجا لآثاره ، رغم العيب الذى شاب الإرادة ، ولكنه يعطى للشخص الذى شاب إرادته عيب من العيوب حق طلب إبطال التصرف القانونى ، ويقال هنا بأن التصرف القانونى باطل بطلانا نسبيا أو قابل للإبطال (ومن أمثلة ذلك من تعاقد تحت تأثير الإكراه أو التدليس أو وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء محل التصرف) ، وفى هذه الحالات يعتبر التصرف صحيحا ومنتجا لآثاره حتى يطلب من تقرر البطلان لمصلحته إبطال التصرف . أما الحالة الثالثة فهى الحالة التى يعتبر فيها القانون التصرف صحيحا ومنتجا لآثاره ولا يعطى من شاب إرادته عيب من العيوب حق طلب إبطال التصرف (ومن أمثلة ذلك وقوع المتعاقد فى غلط فى صفة غير جوهرية للشىء) . وعلى ذلك فعيوب الإرادة تؤدى إلى اعتبار العقد باطل بطلانا مطلقا ، أو بطلانا نسبيا ، أو لا يكون لها أدنى اثر فى صحة التصرف القانونى •

هذه التفرقة لا وجود لها فى القانون الرومانى فى العصر العلمى ، فالقانون المدنى الرومانى كان يجهل فكرة التصرف القابل للإبطال (أى التصرف الباطل بطلانا نسبيا). فالتصرف القانونى إما أن يكون صحيحا إذا اكتملت له سائر الشروط القانونية ، وإما أن يكون باطلا إذا تخلف أحد هذه الشروط ، ولا يمكن تصحيح هذا البطلان . فإذا شاب الإرادة عيب من العيوب فالتصرف القانونى يعتبر باطلا (بطلانا مطلقا إذا استعملنا التعبير الحديث) فى بعض الحالات . أو يعتبر صحيحا فى حالات أخرى ولا أثر للعيب فى الإرادة فى صحته •

ولكن الازدواج الذى كان قائما فى القانون الرومانى ، حيث يوجد القانون البريتورى بجانب القانون المدنى ، أدى إلى إمكان تصور وجود تصرف قانونى صحيح

طبقا لأحكام القانون المدنى ولكنه غير منتج لآثاره طبقـا للقـانون البريتورى . فالبريتور مدفوعا بمبادىء العدالة ، تمكن بمساعدة الفقهاء من إنكار آثار التصرف القـانونى الـذى تم تحت تأثير التدليس أو الإكراه . فقد وضع تحت تصرف من شـاب إرادتـه عيـب مـن هذه العيوب عدة وسائل تؤدى إلى عدم الاعتراف بآثار التصـرف القـانونى رغـم صحتـه طبقا لأحكام القانون المدنى . فيمنحه دعوى مثل دعوى الإكراه تؤدى إلى فسخ العقد ، أو دفعا مثل الدفع بالغش يدفـع به دعـوى الدائـن حينمـا يطالبه بتنفيـذ التصـرف ، أو يمنحه طلب إعـادة الشىء إلى أصله فيعـود الطرفـان إلى الحالـة التى كانـا عليهـا قبـل التعاقـد .

وعلى ذلك فعيوب الإرادة تؤدى إلى بطلان التصرف القانونى بأحد طريقين : يبطـل بقوة القانون ، طبقا لأحكام القانون المدنى . أو عدم الاعتراف بآثـاره بصفـة اسـتثنائية ، طبقا لأحكام القانون البريتورى رغم بقائه صحيحا طبقا لقواعد القانون المدنى . وحينمـا اندمجت قواعد القانون البريتورى فى قواعد القانون المدنى فـى عهـد جسـتنيان أصبحـت عيوب الإرادة تؤدى إلى بطلان التصرف بطلانا مطلقا أو قابليته للإبطال (وهى الحالات التى كان القانون البريتورى لا يعترف فيها للتصـرف بآثـار قانونيـة) . ومـن هنـا بـدأت التفرقة بين التصرف الباطل بطلانا مطلقا ، والتصرف الباطل بطلانا نسـبيا التـى انتقلـت إلى القانون الحديث (١) .

خامسا : أنواع التصرفات القانونية :

يتنوع التصرف القانونى تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة بتعدد الأوجه التى ينظر إليـه من خلالهـا .

أ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين :

تنقسم التصرفات القانونية من حيث تكوينها إلى تصرفات مـن جـانب واحـد وأخـرى من جانبين . فقد يكفـى لقيـام التصـرف القـانونى وجـود إرادة واحـدة أو صـدوره مـن شخص واحد يعمل بوصـف واحـد ، فيقـال أنه تصـرف مـن جانب واحد أو تصرف

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣١٧ وما بعدها .

بإرادة منفردة . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانونى توافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانونى ، فيقال أنه تصرف من جانبين (١) ، وهذه هى الصورة الغالبة للتصرف القانونى ومن أهمها العقود .

ومن أمثلة التصرفات التى تتم بالإرادة المنفردة : الوصية ، إبداء الرغبة فى قبول التركة أو رفضها ، التحرير . ومن أمثلة التصرفات التى تتم بتطابق إرادتين : العقود ، التبنى ، الطرق الاختيارية الناقلة للملكية أو لتقرير الحقوق العينية مثل الإشهاد والدعوى الصورية والتسليم (٢) .

ب - التصرف بعوض والتصرف على سبيل التبرع :

التصرف القانونى بعوض هو الذى يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما يعطى ، كالبيع والمقايضة والإيجار . والتصرف القانونى على سبيل التبرع هو الذى يعطى به المتصرف دون مقابل لما أعطاه ، كالهبة والوصية (٣) . ويطلق الرومان على التصرف القانونى تعبير " الصفقة negotium " إذا كان من المعاوضات (٤) .

جـ - التصرف بين الأحياء والتصرف المضاف إلى ما بعد الموت :

ينقسم التصرف القانونى بالنظر إلى وقت نفاذه وترتيب آثاره إلى تصرف فيما بين الأحياء وتصرف مضاف إلى ما بعد الموت . والأول ، كالبيع والإيجار والهبة ، وهو الأصل فى التصرفات ، ينفذ فى الأصل فى حياة صاحبه أو أطرافه ولا يعلق على موته أو موتهم . والثانى ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت (٥) . وقد ظهر هذا التقسيم عند الرومان بمناسبة الهبات المضافة إلى ما بعد الموت والعتق ، وليس

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٤٠ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٢ .

(٣) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٣٩ .

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٥ .

(٥) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٤٠ .

بصدد بيان طبيعة الوصية (١) ٠

د - التصرف النافع والتصرف الضار والتصرف الدائر بين النفع والضرر :

تنقسم التصرفات من حيث الأثر الذى يعود به على صاحبه إلى : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وهى التصرفات التى يترتب عليها زيادة فى الجانب الايجابى لذمة الشخص أو انتقاص من الجانب السلبى ، مثل اكتساب حق من الحقوق (أو مال من الأموال) أو التخلص من عبء أو دين (كتحرير عقاره من حق ارتفاق أو رهن أو إبراء ذمته من دين) . وتصرفات ضارة ضررا محضا ، وهى التصرفات التى تنقص من الجانب الإيجابي لذمة الشخص أو تزيد من الجانب السلبى ، مثل النزول عن حق عينى (كالتنازل عن حق رهن مقرر له على مال الغير) أو حق شخصى (كأن يقوم الدائن بإبراء المدين من دينه) أو الاستدانة بدين جديد أو تقرير حق عينى (كحق ارتفاق مثلا) على عقار له . والنوع الثالث من التصرفات القانونية ، هى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وهى تصرفات تنشىء حقا للشخص وفى نفس الوقت تحمله بالتزام ، مثل البيع ، فالبائع يصبح دائنا بالثمن ومدينا بتسليم المبيع ، والمشترى يصبح دائنا باستلام المبيع ومدينا بدفع الثمن (٢) ٠

وتظهر أهمية هذا التقسيم فى خصوص أحكام الأهلية . فالطفل الذى لم يبلغ السابعة والمجنون فى فترات الجنون يعتبر عديم الأهلية ، فالقانون لا يعتد بإرادتهما ولا يرتب عليها أى أثر ، ولذلك لا يجوز لهما مباشرة أى تصرف سواء ترتب عليه زيادة فى أموالهما وحقوقهما أم نقصا فيها ، فكل تصرفاتهما القانونية تعتبر باطلة . ويعتبر ناقصا للأهلية قانونا كل من الصبى المميز الذى جاوز مرحلة الطفولة (سن ١٤ للذكر و ١٢ للأنثى فى قانون جستنيان) ، وألحق به البالغ الذى لم يبلغ سن الخامسة والعشرين فى العصر البيزنطى ، والمرأة البالغة قبل إلغاء نظام الوصاية الدائمة فى العصر البيزنطى ،

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٥ ٠

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٦ ٠

والسفيه ، وكل هؤلاء يتمتعون - كقاعدة عامة - بأهلية الاعتناء ويحرمون من أهلية الافتقار ، وتطبيقا لذلك يستطيع ناقص الأهلية وحده دون إذن أو اشتراك الوصى أو القيم إبرام التصرفات القانونية النافعة نفعا محضا ، ويحرم عليه أن يقوم وحده بإبرام التصرفات القانونية الضارة ضررا محضا ، وهكذا تصح التصرفات النافعة وتبطل التصرفات الضارة (١) ٠

هـ - التصرفات الشكلية والتصرفات غير الشكلية :

تنقسم التصرفات من حيث كيفية التعبير عن الإرادة إلى تصرفات شكلية أو رسمية ، وتصرفات غير شكلية أو غير رسمية . والتصرف الرسمى أو الشكلى هو التصرف الذى يشترط القانون لوجوده وترتيب آثاره أن يلجأ طرفاه فى التعبير عن إرادتيهما إلى اتباع إجراءات معينة أو التلفظ بألفاظ مقرره . أما التصرف غير الرسمى أو غير الشكلى ، ويقال عنه أيضا التصرف الرضائى ، فهو التصرف الذى لا يشترط القانون لوجوده أية

---

(١) أدى تطبيق هذه القاعدة إلى شطر التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر إلى شطرين : يصح التصرف بالنسبة للجانب النافع لناقص الأهلية ويبطل فى شطره الضار به . فهو يصبح دائنا بالثمن ولا يلتزم بتسليم العين إن كان بائعا ويستطيع قبض الدين الذى له فى ذمة الغير ولكن ذمة هذا الأخير لا تبرأ بهذا الوفاء بل يظل مدينا لناقص الأهلية . ولذلك عزف الناس عن التعاقد مع ناقص الأهلية ، وأصبح من اللازم - من الناحية العملية - اشتراك الوصى أو القيم فى إبرام مثل هذه التصرفات تفاديا لبطلانها فى الجانب الضار منها ، مما ترتب عليه - من الناحية العملية - تساويه مع عديم الأهلية . وقد تعدلت هذه القاعدة الظالمة خلال العصر الإمبراطورى بإدخال مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير ، فالفقيه جايوس (نظم جايوس : ٢، ٨٤) يقرر أن الصبى المميز الذى قبض - دون إذن وصية - دينا على الغير وعاد عليه هذا القبض بالنفع لا يجوز له مطالبة المدين مرة ثانية بالوفاء لأن المدين سيدفعٌ فى مواجهته بالغش . ومن جهة أخرى تقرر ، فى العصر الأخير للقانون الرومانى ، أن الصبى المميز الذى كان طرفا فى عقد من العقود الملزمة للجانبين لا يستطيع مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ما لم يقم هو بتنفيذ ما عليه من التزامات (موسوعة : ١٨ ، ٥ ، ٧ ، ١) . دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٦٠ ٠

- May (Gaston) : Elements de droit romain, Paris 1920, P. 307.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 101 et s.

إجراءات شكلية ، بل يكتفى بمجرد التعبير عن الإرادة أيا كانت صورة التعبير . وفى هذا النوع من التصرفات ينتج التصرف آثاره القانونية بمجرد صدور تعبير عن الإرادة عارية من كل شكل ، فالرضا وحده كاف لإحداث الآثار القانونية ، والعبرة فى هذه التصرفات بالإرادة السليمة الخالية من العيوب . أما فى التصرفات الشكلية ، على الأقل فى القانون القديم ، فإن القيام بالإجراءات التى حددها القانون والتلفظ بالألفاظ الرسمية المقررة يكفى لإنتاج الآثار القانونية الشكلية (١) . ومعظم التصرفات القانونية فى القانون الرومانى القديم كانت تصرفات شكلية وأهمها : التصرف بالسبيكة والميزان (ويعتبر الإشهاد من أهم تطبيقاته) (٢) ، والدعوى الصورية والاشتراط الشفوى . وبجانب هذه التصرفات الشكلية عرف القانون الرومانى القديم بعض التصرفات غير الشكلية ازداد عددها على مر الزمن ، ومن أهم التصرفات غير الشكلية فى العصر العلمى العقود الرضائية المعروفة : البيع ، الإيجار ، الشركة ، والوكالة (٣) .

ويرتبط بهذا التقسيم تقسيما آخر ،هو تقسيم التصرفات القانونية إلى تصرفات مجردة من السبب وتصرفات لها سبب . فالتصرفات الشكلية تعتبر تصرفات مجردة، أى لا يظهر

---

(١) كانت آثار التصرف القانونى فى القانون القديم تترتب على الإرادة ذاتها فى التصرفات غير الشكلية ، ولكنها تترتب على الشكلية ذاتها فى التصرفات الشكلية . ومع الزمن أصبحت الشكلية مجرد ثوب تلبسه الإرادة ، فكانت الآثار تترتب على الإرادة ذاتها بشرط صدورها فى الثوب الشكلى المحدد فى القانون ،ومن هذا أصبح من اللازم سلامة الإرادة وخلوها من العيوب . دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٤ .

(٢) من أهم تطبيقات التصرف بالسبيكة والميزان ما يأتى :

أ – الإشهاد : وكان فى البداية عبارة عن بيع حقيقى ، يتم بمبادلة مال نفيس بثمن يوزن فى الميزان . وينتج هذا البيع أثره فى الحال ، أى يكتسب المشترى ملكية الشيء فورا .

ب – عقد القرض المسمى " نكسوم Nexum " : وعرف الكثير عن هذا التصرف ، وتتلخص إجراءاته فى وزن النقود المقرضة وتسليمها إلى المقترض الذى يلتزم برد مثلها .

جـ – الوفاء بالسبيكة والميزان : فيقوم المدين (المقترض) بوزن النقود المقرضة ويسلمها إلى الدائن (المقرض) ، ويؤدى ذلك إلى انقضاء الدين .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٩٤ .

فيها السبب ، ومن أجل ذلك فهي تعتبر قالبا عاما تصاغ فيه كافة أنواع التصرفات القانونية أيا كان الغرض الذى تهدف إلى تحقيقه . فالإشهاد مثلا كان فى الأصل عبارة عن مبادلة مال بثمن ينتج أثره حال حدوثه ، وهو تصرف شكلي يقتضي وجود المال محل المبادلة وصاحبه ووجود الطرف الثاني الذى يكتسب ملكيته ، وعدد من الشهود وحامل للميزان يقوم بوزن سبائك البرونز (وهي تقوم بدور الثمن النقدى قبل اختراع النقود المضروبة من الدولة) ، ويقتضي أيضا القيام بإجراءات معينة والتلفظ بألفاظ مقررة . هذا التصرف أصبح يستعمل – بعد اختراع النقود المضروبة – لتحقيق آثار قانونية متعددة ، فأصبح يستعمل كطريقة لنقل الملكية الاختيارية أيا كان السبب (سواء حدث نقل الملكية بناء على عقد بيع أم هبة ... إلخ) ، أو لتقرير حق ارتفاق ، أو لكفالة التزام ، أو لإبراء ذمة المدين من التزام ، أو لعمل وصية ، أو لاكتساب السلطة على الزوجة ، أو لتحرير الابن من السلطة الأبوية ... الخ . والتصرفات المجردة تنتج آثارها القانونية بصرف النظر عن وجود السبب أو مشروعيته ، فهي تصح وتنتج آثارها ولو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . والسبب في التصرف القانوني هو الغاية القانونية المباشرة التي يهدف من قام بالتصرف القانوني إلى الوصول إليها . أما التصرفات غير الرسمية فالسبب ركن فيها ، ولذلك لا يرتب القانون على التصرف القانوني آثارا قانونية إلا إذا كان السبب موجودا ومشروعا (١) .

سادسا : العناصر العرضية للتصرف القانوني :

أ – الشرط Condicio :

هو عبارة عن أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ، يعلق على تحققه وجود التصرف القانوني . ومثاله أن يعد الواعد في التعهد الرسمي بدفع مبلغ ما إذا قدمت السفينة من آسيا (٢) . ومن ثم ، فإن الفكرة الرومانية للشرط تقابل فكرة الشرط الواقف في

(١) دكتور / صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني ، ص ٢٩٤ .

(٢) وهذا مثال روماني وصورته ، أن يقول طالب التعهد : هل تعد بإعطاء مائة دينار إذا قدمت السفينة من آسيا ؟ فيجيب المسئول نعم أعد . Si navis ex Asia venerit, centum dari spondes?, Spondeo.

التقنيات الحديثة . أما الشرط الفاسخ ، أى أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق على تحققه زوال التصرف القانونى ، فهو فكرة حديثة لم يعرفها القانون الرومانى .

وللشرط صور عديدة : فيمكن أن يكون شرطا احتماليا أو إراديا أو مختلطا . فالشرط الاحتمالى ، هو الشرط الذى يتكون من أمر مستقبل لا يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفى التصرف (أى عبارة عن حادثة من حوادث الطبيعة ، أو فعل صادر من الغير) (١) . أما الشرط الإرادى ، فهو الشرط الذى يتوقف وقوعه على إرادة أحد الطرفين (٢) . وأخيرا فإن الشرط المختلط ، هو الذى يتوقف تحققه على إرادة أحد الطرفين وإرادة الغير معا (٣) .

ويمكن أن يكون الشرط إيجابى أو سلبى ، وذلك بحسب ما إذا كان يتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل (٤) .

ويمكن كذلك أن يكون شرط حقيقى أو شرط غير حقيقى . فيكون الشرط حقيقيا ، إذا علق على أمر تتوافر فيه صفتان : أن يكون قد علق عليه التصرف بناء على إرادة الطرفين وحدها ، وأن يتضمن عدم تأكد حقيقى من وقوعه فى المستقبل . أما الشرط غير الحقيقى فيكون فى الحالة العكسية ، أى حينما تتوفر إحدى هاتين الصفتين (٥) .

---

(١) ومثاله : أن ينص المورث فى وصيته أنه إذا لم يولد لتيتوس (اسم رومانى) ولد خلال الخمس سنوات القادمة ، فعلى الوارث إعطاؤك ألف دينار .

(٢) ومثاله : أن يقرر المورث فى وصيته أنه إذا أعتق " تيتوس " رقيقه يصير وارثا .

(٣) ومثاله : تعليق المورث منحه لمنزله إلى " تيتوس " على زواجه إمرأة معينة ، أو يجعله وارثا له إذا تبنى شخصا معينا .

(٤) يعتبر من قبيل الشرط الإيجابى نفس أمثلة الشرط المختلط ، أما الشرط السلبى فمثاله أن يقرر الموصى فى وصيته أن " تيتوس " يكون وارثا له إذا لم يحرر العبد المملوك له .

(٥) ومن ثم فإنه بالنسبة إلى الصفة الأولى ، تعتبر من قبيل الشروط غير الحقيقية الشروط التى تتقرر بناء على نص فى القانون ، كتعليق اكتساب التركة على شرط قرره القانون وهو قبول التركة ، ولذلك لا يترتب أى أثر خاص على اشتراط الموصى فى وصيته بأن يكون " تيتوس " وارثا إذا قبل التركة .

=

كذلك يمكن أن يكون الشرط ممكنا أو مستحيلا ، وهو يكون كذلك إذا ما كان يتضمن أمرا ممكنا تحققه من الناحيتين القانونية والمادية أم لا . ويستبعد الشرط المستحيل إمكانية وجود التصرف (١) . ويجب أن تكون الاستحالة دائمة ، أى أن تكون قائمة وقت اشتراط الأمر المستحيل وبعد ذلك ، فالاستحالة الطارئة (بمعنى أن يكون الأمر ممكنا وقت الاشتراط ثم يصير مستحيلا بعدئذ) تعتبر تخلفا للشرط يترتب عليه عدم وجود التصرف .

وكذلك يمكن أن يكون الشرط مشروع أو غير مشروع ، ويكون الشرط مشروع أو غير مشروع بحسب ما إذا كان تعليق التصرف عليه يجعل السبب مشروعا أو غير مشروع . ومن ثم ، فإن التعهد الرسمى الذى كان يتضمن تعهدا من قبل الواعد بدفع مبلغ من النقود إلى شخص ما إذا ارتكب جريمة من الجرائم ، يكون غير مشروع . وذلك بعكس ما إذا تضمن التعهد الرسمى تعهدا بتعويض الضرر إلى المعتدى عليه إذا ارتكب شخص فى حقه جريمة ما ، فيكون مشروعا .

وهناك بعض التصرفات القانونية التى لا تقبل اقتران الشروط بها ، فبعض تصرفات وأعمال القانون المدنى لا تقبل أن تعلق على شرط ، إما بسبب طبيعتها ، أو لأنه نظرا

= وبخصوص الصفة الثانية ، يعتبر الشرط غير حقيقى إذا تضمن أمرا تم فعلا وقت التعليق . إذ أن عدم التوقع الموضوعى لا يتحقق إلا بالنسبة للأمر المستقبل لا بالنسبة للأمر الحاضر أو الماضى . ففى هذه الحالة الأخيرة لا يوجد إلا عدم توقع شخصى . ويترتب على ذلك أن التصرف يوجد مباشرة طبقا لتحقق الأمر الذى يتضمنه الشرط ، ولا يوجد إذا تخلف هذا التحقق . وبعبارة أخرى ، أن التصرف الذى يعلق وجوده على أمر تم فعلا وقت التعليق يكون تصرفا منجزا ، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الأمر وقت اتفاقهما . ونضيف إلى ذلك ، أنه يعتبر من قبيل الشروط غير الحقيقية ، الشروط المستحيلة ، لأنه يكون محققا عدم وجودها . دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١١٤ .

(١) ومع ذلك ، استثنى السابينيون – وتبعهم غالبية الفقهاء – من هذه القاعدة الشرط المستحيل المقترن بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فيعتبر الشرط كأن لم يكن ولا يؤثر فى وجود التصرف .

لأهمية العمل القانونى لا يقبل أن يعلق آثاره على أمر غير محقق الوقـوع .ويـترتب على اقتران الشرط بهذا النوع من الأعمال القانونية بطلان العمل القانونى.ومن ثم ، لا يقبل الشرط بالنسبة إلى الإشهاد والدعوى الصورية والإبراء اللفظى ، لأنها تتضمـن ما يفيـد التأكيد بالوجود الحالى لأمر من الأمور . وهذا لا يتلائم منطقيا مع مفهـوم الشـرط وهـو التأكيد بالوجود المعلق حاليا على هذا الأمر (وهو ما يعنى عدم الوجود الحـالى) . فمـن يعلن كونه مالكا لشىء ما ، أو أنه قبـض قيمـة الديـن الموجود فى ذمـة شخص مـا ، لا يمكن أن يعلـن فـى نفـس الوقـت أن الملكية ليست له حاليا أو أن انقضـاء الديـن لا يتحقق ، بسبب تعليق الإشهاد أو الإبراء اللفظى على الشرط . ولا يقبل الشرط أيضا بالنسبة إلى قبول التركة ، واختيار الرقيق ، لأن التصرفـات المذكـورة تقتضـى أن تكـون آثارها فورية ولا يجوز الرجوع فيها (١) .

وتختلف آثار الشرط فى أثناء تعليقه ، عنها بعد انتهاء تعليقه . ففى فترة تعليق الشرط – أى حالة عدم التأكد السائد فى الفترة ما بين إبرام التصـرف وبـين لحظـة بيـان مصير الشرط من حيث تحققه أو تخلفه – لا ينشأ حق ، بحيث يستطيع أحـد الطرفـين أن يدعـى بأنه صاحبه،وبالتالى لا ينشأ التزام فى ذمة الطرف الآخر ، فلا يوجد إلا مجرد أمل . ومن ثم فإن الرومان يؤكدون أن التصرف يبرم فعلا متى تحقق الشرط وأنه لا يوجد حق أثنـاء فترة التعليق (٢) . وينتهى التعليق إما بتحقق الشرط ، أى حدوث الأمر المشـروط المعلـق عليه آثار التصرف ، وإما بتخلفه ، أى عدم وقوع هذا الأمر . فـإذا مـا تحقـق الشـرط ، ترتب عليه النتائج القانونية المقررة ، أى نفـاذ التصـرف . أما إذا تخلف الشرط ، اعتبر

---

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١١٥ .

(٢) ومع ذلك ، تترتب بعض الآثار فى فترة التعليق :

أ – يمكن التوارث بالنسبة إلى العلاقة المعلقة على شرط .

ب – ويقوم البريتور فى العصر العلمى باتخاذ بعض الإجراءات اللازمة للمحافظة على الحـق المعلـق علـى شـرط .

التصرف كأن لم يكن له وجود أصلا (١) .

ب - الأجل Dies :

الأجل هو عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع ، يتوقف على حلوله نفاذ التصرف القانوني (وهذا هو الأجل الواقف) ، ويسمى التصرف الذى يضاف إلى هذا النوع من الأجل : تصرفا Adiem . ويمكن عن طريق اقتران اتفاق بالتصرف الرئيسى ، تقرير أجل يؤدى وقوعه إلى انقضاء التصرف (وهذا هو الأجل الفاسخ) ، ويسمى التصرف الذى يضاف إلى هذا النوع من الأجل : تصرفا In diem . ويبين من ذلك أن الأجل يشترك مع الشرط فى أنه أمر مستقبل ، ويختلف عنه فى أنه أمر محقق الوقوع : ومن ثم لا يوجد حالة تعليق كما هو الشأن فى الشرط .

وتختلف الآثار التى تترتب على الأجل بحسب ما إذا كان الأجل واقفا أو فاسخا .

فالبنسبة لآثار الأجل الواقف : بالنسبة إلى التصرفات المكسبة للحقوق العينية ، فإن الملكية لا تنتقل إلا بحلول الأجل ، مثال ذلك الوصية ببعض المال بطريقة التمليك الفورى فى الأعيان المعينة . وبالنسبة إلى التصرفات المكسبة للحقوق الشخصية (الالتزامات) ، فإنه تنشأ حقوق الدائن فور إبرام هذه التصرفات ، ولكنها حقوق غير مستحقة الأداء (أى لا تكون نافذة) إلا فى الوقت الذى يحل فيه الأجل . ومن ثم ، فإن الوفاء بدين مضاف إلى أجل يكون صحيحا ، حتى قبل حلول أجله ، إذ أنه واجب ما دام أن علاقة الإلتزام موجودة .

(١) اختلفت الآراء حول معرفة ما إذا كان تحقق الشرط يكون بأثر رجعى أم لا : أى ما إذا كان من الواجب اعتبار التصرف منجزا وكاملا منذ الوقت الذى نشأ فيه ، أو يستند أثره إلى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . ويذهب الرأى السائد الآن إلى أنه لم يكن للشرط أثر رجعى فى العصر العلمى ، بعكس قانون جستنيان الذى أخذ بمبدأ الأثر الرجعى للشرط . وهناك بعض المشتغلين بالدراسات الرومانية الذين ينكرون مبدأ الأثر الرجعى للشرط فى العصر العلمى وكذلك فى قانون جستنيان . ومع ذلك ، لا يمكن الجزم بأن القانون الرومانى فى العصر العلمى لم يأخذ بهذا المبدأ . دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١١٦ .

وبالنسبة لآثار الأجل الفاسخ : يترتب على الأجل الفاسخ جميع الآثار التى تترتب على الشرط الفاسخ ، بمعنى أنه يوجد اتفاق مقترن بالتصرف الرئيسى (المنجز) ، وهذا الاتفاق يتضمن الأجل الذى يترتب على حلوله انقضاء آثار التصرف الرئيسى . ويلاحظ أن التصرفات التى لا تقبل الاقتران بشرط ، لا تقبل كذلك الاقتران بأجل ، ويترتب على هذا الاقتران البطلان (١) .

جـ - التكليف فى التبرعات Modus :

هو عبارة عن تكليف يقع على عاتق من يؤول إليه عمل من أعمال التبرع (كالعتق ، والهبة ، وتعيين وارث ، والوصية ببعض المال) (٢) . ويبين من ذلك أن هناك تشابها ظاهريا بين التكليف وبين الشرط الإرادى ، إلا أنه يختلف عنه من حيث الآثار المترتبة عليه . إذ أن التكليف لا يوقف - كما هو الشأن بالنسبة إلى الشرط - مفعولية التصرف ، فمن يقع عليه عبء الشرط ينبغى عليه تنفيذه حتى يحصل على ما يتضمنه التصرف ، أما المدين بالتكليف فإنه يكتسب ما يتضمنه التصرف أولا (لأن التصرف المقترن بتكليف ينتج آثاره فى الحال) ، ثم يقوم بعد ذلك بتنفيذ التكليف .

والتصرف المقترن بتكليف ينتج آثاره فى الحال ، إلا أن المشكلة تثور بالنسبة إلى كيفية إجبار المكلف (أى الملتزم بتنفيذ التكليف) بالقيام بواجبه . فالقانون الرومانى - فى العصر العلمى - لم يضع علاجا عاما لهذه المشكلة ، بل واجهها فى بعض التصرفات المحدودة وقرر الحكم المناسب بخصوصها (٣) ، وانتهى الأمر فى قانون جستنيان إلى تقرير

---

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١١٧ .

(٢) ومثال ذلك : أن ينص المورث فى وصيته بأنه يجب على الوارث إعطاء عقار معين إلى " تيتوس " ، على أن يقيم " تيتوس " تمثالا للمورث .

(٣) فالواهب ، يستطيع أن يسترد العين الموهوبة من الموهوب له بطريق دعوى الاسترداد الشخصية ، كما أنه يمكن أن يحتاط سلفا بطريق التعهد الرسمى الذى ينشىء على عاتق الموهوب له إلتزاما بالرد . والتكليف المقترن بتصرف إيصائى يمكن كقاعدة تفسيره كوصية ائتمانية ، ويمكن الرجوع على الموهوب له على هذا الأساس ،وفى حالة الوصية ببعض المال المقترنة بتكليف ، فإنه يشترط =

ضوابط عامة لهذا الموضوع ، وترتيب حماية شاملة للتصرف المقترن بتكليف .

سابعا : النيابة فى التصرفات القانونية :

تعرف النيابة بأنها :"حلول إرادة شخص يسمى النائب،محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل ،في إنشاء تصرف قانوني وانصراف آثار هذا التصرف إلى الأصيل"(١) . فإرادة النائب رغم أنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه تحل محل إرادة الأصيل فى إنشاء التصرف القانونى،أما آثار هذا التصرف – أى ما يتولد عنه من حقوق والتزامات – فتنصرف إلى ذمة الأصيل ، فهو الذى يطالب بتلك الحقوق وهو الذى يلتزم بتلك الالتزامات . ومعنى ذلك أن دور النائب ينتهيعند إبرام التصرف القانونى، والعلاقة القانونية الناجمة

= لكي يرفع الموصى له الدعوى ضد الوارث أن يقدم ضمانا بتنفيذ التكليف ، كما يجوز الالتجاء بطريق الدعوى الشخصية الاستثنائية إلى الإمبراطور وموظفيه . دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١١٨ .

(1) Pilon (Eustache): Essai d'une theorie gènèrale de la reprèsentation dans les obligations, Thèse, Caen 1897.
- Corbesco (Dan) : De la reprèsentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats, Thèse, Paris 1912.
- Madray (G.) : De la reprèsentation en droit privè, Thèori et pratique, Thèse, Bordeaux 1931.
- Popesco - Rammceano (Renè) : De la reprèsentation dans les actes juridiques en droit comparè, Thèse, Paris 1927.
- Clarise (Jean) : De la reprèsentation, Son role dans la creation des obligations, Thèse, lille 1949.
- دكتور / جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية " طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها " ، رسالة دكتوراه ، مطبوعات الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة الثالثة ١٩٨٠ .
- دكتور / طه عوض غازى محمد : النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٩١ .
- دكتور / شفيق شحاته : نظرية النيابة فى الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العددان الأول والثانى ، السنة الأولى ١٩٥٩ .

عن هذا التصرف تنشأ مباشرة بين الأصيل والغير الذى تعامل معه النائب (١) •

أ - معيار التمييز بين النائب والرسول :

النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فى إنشاء التصرف القانونى . أما الرسول فدوره مقصور على نقل إرادة من عبر عنها إلى الغير ، فهو عبارة عن أداة لنقل التعبير عن الإرادة . فهو يقوم بنفس الدور الذى يقوم به كتاب أو رسالة مرسل من شخص إلى آخر (نظم جايوس : ٣ ، ١٣٦ . موسوعة : ٢، ١٤ ، ٢ فاتحة) . ولذلك يعتبر التصرف القانونى فى هذه الحالة منعقدا بين من أرسل الرسول والغير الذى أرسل

---

(١) تظهر خصوصية النيابة فى أنها تتضمن انحرافا عن المبادىء العامة فى نسبية أثر العقد ، فهى تتميز بأن شخصا يبرم التصرف وفى هذا يعتبر طرفا فيه بحسب الأصل ، ولكن شخصا آخر يلتزم بآثار هذا التصرف وبالتالى يعتبر طرفا فى العلاقة الناشئة عن هذا التصرف برغم أنه لم يشارك فى إبرامه •

ويقول الأستاذ " Weill " فى هذا الصدد : " إن المجموعة المدنية إذ أقرت النيابة الكاملة قد خرقت مبدأ اقتصار آثار التصرف بسبب الضرورات القهرية التى لا محل للخوض فيها والمساس بالمادة ١١٦٥ واقعة ينبغى تسجيلها بغير جدل . وهكذا نرى " هنرى كابيتان " يقول أنه لتفسير النيابة ينبغى الاعتراف آخر الأمر بأن التصرف القانونى يصح أن يصيب بآثاره شخصا غير الذى أجراه (هـ . كابيتان : المدخل إلى دراسة القانون ، ص ٣٦٥) . وبعيد عنا الزعم بعدم جدوى الدراسات العميقة التى قام بها مؤلفون أعلام لتحديد الطبيعة القانونية للنيابة . غير أنه مهما يكن من أمر النظرية التى تختارها فإن مبدأ اقتصار آثار العقد على شخص المتعاقد قد مس مساسا من العبث إنكاره " •

" Le code en accueillant la riprèsentation parfaite bat manifestement en brèche la relativitè des conventions, en raison de nècessitès impèrieuses sur les quelles il est inutile d'inssiter. l'atteintl à l'art 1165 est un fait qu'il fau purement et simplement enregistrer. Henri Capitant enseigne ainsi que pout exliquer la reprèsentation, il faudra " reconnaitre enfin qu'un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit". (H. Capitant : Introduction a l'ètude du droit, P. 365). Loin de nous l'idèe de taxer d'inutiles les savantes ètude sque d'èminents auteurs ont consacrèes à la dètermination de la nature juridique de la reprèsentation. Mais que lque soit le système adoptè, la personnalitè des efefts du contrat subit une atteinte qu'il serait vais de contester". Weill (Alex) : la relativitè des conventions en droit privè francais, Paris 1939, P. 96.

إليه ، فالرسول ليس طرفا فى التصرف القانونى ولكن من أرسله هو الـذى يعتبر طرفا فيه . ونتيجة لذلك ينظر فى عيوب الإرادة إلى إرادة من أرسل الرسول لا إلى إرادة الرسول نفسه بينما العبرة بإرادة النائب فى النيابة . ومن جهة أخرى يعتبر التعاقد عن طريق رسول تعاقدا بين غائبين (من أرسل الرسول والمتعاقد الآخر) بينما يعتبر تعاقدا بين حاضرين إذا حضر النائب والمتعاقد الآخر فى مجلس العقد (١) . ويفترض التعاقد بواسطة رسول أن الأمر يتعلق بتصرف شكلى ، إذ أن تصرفا شكليا لا يمكن القيام به إلا من قبيل العاقد نفسه .

ب – أنواع النيابة :

تنقسم النيابة بالنظر إلى مصدرها إلى نيابة قانونية ونيابة اتفاقية . فهى تعتبر قانونية إذا كان القانون هو الذى يبين حدودها ، كما فى حالة القيم على المجنون ، والوصى على القاصر . وتعتبر النيابة اتفاقية إذا كان النائب يباشر سلطته بناء على اتفاق بينه وبين الأصيل ، كما هو الحال بالنسبة للوكالة ، فعقد الوكالة هو الذى يرسم حدود النيابة (٢) .

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٠٨ .

(٢) ويذهب الأستاذ الدكتور / عبد المجيد الحفناوى إلى القول فى هذا الصدد : " النيابة الإرادية هى التى تنشأ إما بناء على عقد بين النائب والأصيل (عقد وكالة) ، أو بناء على تولى شخص من تلقاء نفسه (أى دون إذن سابق) إدارة شئون الغير الذى لا تسمح ظروفه القيام بها (كما فى حالة غيابه مثلا) ، ولحساب هذا الغير . فيتحقق حينئذ ما يسمى بالفضالة ، وتستمد الولاية هنا من واقع قيام الشخص بأعمال الإدارة . والإدارة تتعلق بتصرف واحد أو أكثر ، وقد تتخذ شكل إدارة الذمة . ولذلك يمكن التمييز بين النيابة العامة التى يوكل فيها إلى النائب بإدارة جميع أموال الأصيل ، والنيابة الخاصة التى ترد على تصرف أو عمل معين . فمن عهد إليه نيابة عامة (أى متولى شئون الغير بإذن سابق) يسمى الوكيل العام procurator ، وأحيانا يسمى الوكيل الحقيقى yerus procurator ، لتمييزه عن الوكيل غير الحقيقى falsus procurator وهو الفضولى (أى متولى شئون الغير دون وكالة أو إذن سابق) ، وأحيانا لا تراعى الدقة فى التعبير فيطلق لفظ procurator كذلك على من ليس وكيلا عاما " . انظر مؤلف سيادته : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٢٠ .

وتنقسم النيابة بالنظر إلى آثارها إلى نيابة كاملة ونيابة ناقصة ، وتكون النيابة كاملة إذا كان النائب يتعامل باسم الأصيل ولحساب الأصيل ، وفى هذه الحالة تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير الذى تعامل معه النائب بحيث تنقطع الصلة بين النائب والغير بمجرد إنشاء التصرف القانونى ، فلا يستطيع الغير الرجوع على النائب لمطالبته بتنفيذ التصرف القانونى ولا يستطيع النائب مطالبة الغير بالحقوق المتولدة عن التصرف القانونى . أما فى النيابة الناقصة فإن النائب يتعامل باسمه هو شخصيا ولكن لحساب الأصيل ، ويترتب على التصرف فى هذه الحالة علاقتين : إحداهما بين الغير والأصيل تبيح لكل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بما يتولد عن التصرف القانونى من آثار ، وثانيتهما بين الغير والنائب تبيح للغير الرجوع على النائب لمطالبته بالوفاء بالالتزامات التى تولدت عن التصرف القانونى ، وعلى ذلك فالغير فى النيابة الناقصة يستطيع الرجوع على كل من الأصيل والنائب (١) .

جـ - إنتفاء النيابة كمبدأ عام فى القانون الرومانى :

مبدأ النيابة من المبادىء المسلمة فى الشرائع الحديثة ، أما فى القانون الرومانى فالأصل عدم جواز النيابة (٢)، فآثار التصرف القانونى تنشأ فى ذمة من اشترك فيه ولا تتعداه أبدا إلى من لم يكن طرفا فيه حتى ولو كان من اشترك فى التصرف يتعمل لحساب هذا الأخير .

وعدم التسليم بمبدأ النيابة يرجع إلى مبدأ الشكلية الذى كان يسود القانون المدنى الرومانى . وهذا المبدأ يقضى بان آثار التصرف القانونى تنصرف إلى ذمة من باشر الإجراءات الشكلية التى يشترطها القانون لتمام التصرف القانونى .ومن جهة أخرى نظر الرومان إلى الالتزام (الحق الشخصى) نظرة شخصية بحته لأنهم اعتبروه رابطة بين شخصين ، مما ترتب عليه أن أصبح لطرفى الالتزام المقام الأول فى تلك الرابطة . ونتيجة

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٠٩ .

- **Storck (Michel) : Essai sur la mecanisme de la representation dans les actes juridiques. Paris 1982, P. 229.**

(٢) انظر فى تفصيلات مبدأ انتفاء النيابة فى القانون الرومانى،رسالة الدكتور/ طه عوض غازى محمد : النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ، ص ٢٧٣ : ٣٤٩ .

لذلك لا ينشأ الإلتزام إلا بين الأشخاص الذين اشتركوا فى إنشائه (١) . ولهذا قال الفقيه الألمانى " Puchta " عن قاعدة انتفاء النيابة فى القانون الرومانى أنها متمشية تماما مع طبيعة الإلتزام (٢) .

وعدم التسليم بمبدأ النيابة لم يثر صعوبة بالنسبة للرومان فى بادىء الأمر ، لأن روما كانت مجتمعا زراعيا محدود العدد من حيث السكان وقليل المعاملات . وحينما تحول المجتمع إلى مجتمع تجارى ، تعددت فيه المعاملات ، بدأ الرومان يشعرون بالحرج الذى يسببه لهم هذا المبدأ . فالظروف الاقتصادية والاجتماعية قد تضطر الشخص إلى أن يعهد إلى غيره بإجراء تصرف قانونى لحسابه . والقواعد التى تحكم الأهلية تمنع عديمى الأهلية أوناقصيها من مباشرة التصرفات القانونية كلها أو بعضها ، مما يقتضى تعيين شخص آخر ينوب عنهم فى مباشرتها . ففى كل تلك الحالات كان النائب يجرى التصرف باسمه هو شخصيا ولكن لحساب الأصيل . أما آثار هذا التصرف – تطبيقا لمبدأ عدم جواز النيابة – فكانت تنصرف إلى ذمة النائب ثم يقوم بعد ذلك بنقل هذه الآثار ، سواء كانت حقوقا أم واجبات ، إلى ذمة الأصيل . ولا شك أن هذه الطريقة كانت تعرض الأصيل لخطر إعسار النائب . ورغم هذه الصعوبات فإن القانون الرومانى لم يسلم أبدا – طيلة مراحل تطوره – بمبدأ النيابة (٣) .

---

(1) **Teleman : De la reprèsentation en matiere relle et personnelle en droit romain, Thèse, Paris 1900, P. 9.**

- **Ahmed Hassan : Etude comparative du mandt en droit romain et en droit musulman. Thèse, Paris 1981, P. 352.**

دكتور / طه عوض غازى محمد: النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ، ص٢٩٩ .

(٢) دكتور / جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية ، ص ١٤ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣١٠ . ويعلل سيادته عدم معرفة القانون الرومانى لفكرة النيابة بقوله : " ولعل ذلك يرجع إلى وجود القاعدة الرومانية التى تقضى بأن التابعين لرب الأسرة يعتبرون أداة فى يده لكسب الحقوق ، وبذلك كان رب الأسرة يكسب الحقوق عن طريق رفيقة أو عن طريق الأحرار الخاضعين لسلطته مثل أبنائه . فوجود هذه القاعدة كان يخفف من آثار عدم التسليم بمبدأ النيابة " .

د - الاستثناءات الواردة على مبدأ انتفاء النيابة :

إذا كانت قاعدة انتفاء النيابة وليدة المنطق القانوني الروماني البحت ، إلا أن الرومان ما لبثوا أن واجهوا التنازع الذى قام بين ذلك المنطق المجرد وبين ضرورات العمل ، ومن هنا وجدت في القانون الروماني الأوضاع المتعددة التي تخفف من وطأة القاعدة الأصلية ، وسار تطور القانون الروماني سيرا بطيئا نحو التوسع في إقرار النيابة وإن كان ذلك القانون لم يبلغ قط مرحلة إقرار النيابة المباشرة كنظام عام شامل كما هو الشأن في القوانين الحديثة ، وظل العقل الروماني متأثرا أبدا بما يبدو في ارتباط شخص بنتائج تصرف غيره من خروج ظاهرى على طبائع الأشياء .

فقد تمكن البريتور باستعمال وسائل مصطنعة ، وبمساعدة الفقهاء ، من الوصول إلى تقرير مبدأ النيابة الناقصة . وهو المبدأ الذى يسلم بنشوء علاقة بين الأصيل والغير مع بقاء النائب ملتزما بآثار التصرف قبل هذا الغير ، وبذلك يكون للأخير حق الرجوع على كل من الأصيل والنائب . هذا المبدأ أوجده البريتور بمناسبة التصرفات القانونية التي يعقدها التابعون لرب الأسرة (كالرقيق وابن الأسرة) ثم مد تطبيقه إلى التصرفات التي يعقدها أشخاص مستقلون بحقوقهم نيابة عن غيرهم . وأهم هذه الحالات هي :

١ - استطاع البريتور - باستعمال عدة وسائل مصطنعة في نظام الدعاوى - إنشاء عدة دعاوى ، أطلق عليها شراح القانون الروماني " الدعاوى المتعلقة بالصفة أو بالانضمام " (١) ، بغية إلزم رب الأسرة ، الذى أظهر إرادته صراحة أو ضمنا في تحمل نتائج التصرفات التي أجراها تابعوه ، في مواجهة الغير الذى تعامل معهم (٢). وصيغة

---

(1) actiones adjectiae qulitatis.

(٢) تختلف مسئولية رب الأسرة باختلاف الأحوال الآتية : فهو يلتزم بنتيجة التصرف بالغة ما بلغت إذا كان قد أمر تابعه بالقيام بتصرف معين بدعوى " actio quod jussu " ، أو إذا كان قد وضعه على رأس تجارة برية بدعوى" actio institoria "،أو تجارة بحرية بدعوى"actio exercitoria " . ويسأل في حدود قيمة الحوزة التي سلمها لذلك التابع بدعوى الحوزة " actio de peculio " إذا كان قد منحه إياها لاستغلالها ، أو في حدود إثرائه بدعوى الإثراء " actio in rem verso " إذا كان قد أثرى من التصرف الذى أجراه تابعه بدون علمه . =

هذه الدعاوى تتضمن اسم التابع فى الجزء الخاص بالادعاء ، أما فى الجزء الخاص بالحكم فيظهر أمر من البريتور للقاضى بالحكم على رب الأسرة إذا ثبت له أن المدعى كان محقا فيما طلبه . وبذلك تغير المبدأ القديم ، الذى كان يقضى بأن رب الأسرة يمكن أن يصبح دائنا عن طريق تابعيه دون أن يكون مدينا بما يعتدونه من ديون ، وحل محله مبدأ آخر ، بفضل تدخل البريتور ، يقضى بأن رب الأسرة يكتسب الحقوق عن طريق تابعيه ويلتزم ، بصفة مطلقة أو فى حدود معينة حسب الأحوال ، بالالتزامات التى يلتزم بها تابعوه .ولكن مسئولية رب الأسرة لا يترتب عليها انقطاع العلاقة بين تابعيه والغير ، كما هو الحال فى النيابة الكاملة ، بل يظل التابع مسئولا ، مدنيا إن كان ابن أسرة وطبيعيا إن كان رقيقا ، إلى جانب رب الأسرة (١) .

٢- وقد توسع البريتور فى تطبيق هذا المبدأ بحيث امتد إلى الحالات التى يعهد فيها رب الأسرة إلى شخص أجنبى عن أسرته ومستقل بحقوقه بإدارة تجارة بحرية أو برية . فمنح الغير الذى تعامل مع النائب دعاوى بريتورية ، هى دعوى التجارة البحرية ودعوى التجارة البرية ، ضد الأصيل مع احتفاظه بدعواه الناشئة عن العقد ضد النائب . وفى بداية القرن الثالث الميلادى طبق مبدأ النيابة الناقصة على الوكالة المدنية فأصبح للغير الذى تعاقد مع الوكيل دعوى على غرار دعوى التجارة البرية ضد الموكل (موسوعة : ١٤، ٣ ، ١٩ ، فاتحة) (٢) . وبذلك أصبح للغير الذى تعامل مع الوكيل حق الرجوع على كل من الموكل والوكيل (٣) .

ومن جهة أخرى سلم الرومان – فى حالات استثنائية – بمبدأ النيابة الكاملة ، حيث كانت آثار التصرف القانونى الذى يجريه النائب تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل ، أى

= أما إذا كان التابع قد أجرى تصرفات قانونية بمال الحوزة بعلم رب الأسرة ، فإن مال الحوزة يقسم قسمة غرماء بين الدائنين بما فيهم رب الأسرة ، فإن كانت القسمة غير عادلة استطاع الدائنون إجراء القسمة من جديد عن طريق دعوى التعويض" actio tributoria " .

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣١٣ .

(2) Ad exemplum institoria.

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣١٤ .

اعتبر أن العلاقة القانونية قد نشأت مباشرة بين الأصيل والغير ، ومن ثم لا يحق لهذا الغير الرجوع على النائب الذى أجرى التصرف معه. وهذه الحالات هى :

١- القاعدة المقررة فى القانون القديم ، والتى تقضى بأن رب الأسرة يستطيع أن يكسب الحقوق عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته . وعلى ذلك فالحقوق الناتجه عن التصرف الذى أجراه التابعون لرب الأسرة تنصرف مباشرة إلى ذمته . ولكن هذه القاعدة كانت مقصورة على الحقوق ، وعلى ذلك لا يلتزم رب الأسرة بالالتزامات التى يجريها هؤلاء التابعون (نظم جايوس : ٢، ٨٦ - ٨٧) . ويفسر البعض هذه القاعدة بأنها تطبيق لمبدأ التبعية .

٢- تدخل البريتور لحماية الأصيل فى حالة إفلاس نائبه المفوض (الشخص الذى وضعه على رأس مشروع تجارى ، وهو شخص غير خاضع لسلطة الأصيل) أو الشخص الذى عهد إليه بتجارة بحرية . فقد منح البريتور الأصيل دعوى مفيدة ضد الغير الذين تعاقدوا مع النائب وحرم هذا الأخير من الدعوى المباشرة التى كانت له ضد الغير (موسوعة : ١٤، ٣ ، ١-٢ ، موسوعة : ٤٦ ، ٥ ، ٥) . وبذلك تمكن البريتور من عدم إدخال الحقوق التى اكتسبها النائب لصالح الأصيل فى ذمته (النائب) وتفادى بذلك قسمة تلك الحقوق بين دائنى هذا النائب المعسر .

٣- استطاع البريتور - بمعاونة الفقه - إدخال مبدأ النيابة الكاملة فى العلاقة بين ناقص الأهلية وممثله (الوصى أو القيم) . فبعد انتهاء الوصاية أو القوامة كان البريتور يعطى دعوى مفيدة للشخص الذى كان مشمولا بالوصاية أو القوامة ضد الغير الذين تعاقدوا مع الوصى أو القيم ، وكان يمنح الغير دعوى ضده . وإذا أراد الغير الرجوع على الوصى يمنح البريتور هذا الأخير دفعا بعدم قبول الدعوى ضده .

٤- أباح القانون منذ العصر العلمى إبرام عقد القرض بواسطة نائب ، فالشخص له أن يقترض أو يقرض عن طريق نائب عنه . وفى هذه الحالات يصبح الأصيل هو الدائن إذا كان قد وكل الغير فى الإقراض ، وهو الذى يصبح مدينا إذا كان قد وكله فى الاقتراض .

٥- أصبح من الجائز فى عصر الإمبراطورية السفلى أن يكتسب الشخص حيازة مال عن طريق الغير . وامتد أثر هذه القاعدة إلى التصرفات القانونية بمعناها الدقيق . فأصبح يجوز اكتساب ملكية مال عن طريق التسليم ، وهو تصرف قانونى ناقل للملكية ، عن طريق نائبه (١) .

يبين مما تقدم أهمية وكثرة الحالات التى أخذ فيها القانون الرومانى بمبدأ النيابة الناقصة أو الكاملة ، بحيث يمكن القول بأن الاستثناءات التى تقررت خلال العصور المختلفة لتطور القانون الرومانى ، تغلبت على القاعدة القديمة (قاعدة اللانيابة) وتركتها جانبا . واستطاع الرومان عن طريق تلك الاستثناءات تلافى المضار التى تترتب على عدم الأخذ بمبدأ النيابة ، ولكنهم لم يتوصلوا أبدا إلى الاعتراف بالنيابة كمبدأ عام .

ثامنا : إثبات التصرف القانونى :

اعتاد الرومان على كتابة تصرفاتهم حتى فى الحالات التى لم يستلزم القانون فيها الكتابة ، وذلك بقصد توفير الوسيلة التى تبين الشروط المختلفة المتفق عليها ، بالإضافة إلى كونها دليلا هاما للإثبات فى حالة نشوب منازعة قضائية . وتسمى الوثيقة المدونة لهذه الأغراض بوثيقة الإثبات (٢) . وتختلف هذه الوثائق عن تلك الوثائق المثبتة لتصرفات تكون الكتابة فيها أحد أركان التصرف ، أى يشترط توافرها لوجود التصرف .

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣١١ .

(٢) كانت معظم الوثائق الرومانية تعد عادة للإثبات ، وتتكون الوثيقة من لوحين أو ثلاثة ، وتكتب على جانب واحد ، وتوضع هذه الألواح معا بحيث يكون الجانب غير المكتوب هو الجانب الخارجى ، وتربط برباط مختوم بالشمع . ولتفادى فتح الوثيقة باستمرار لمعرفة مضمونها ، كانت نقاطها الرئيسية تلخص على الجانب الخارجى . وفى العصر الإمبراطورى حلت أوراق البردى محل الألواح . دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٠٧ .

وقد عرف الرومان نوعان من الوثائق أو المحررات : النوع الأول هو الإشهادات ، وهى عبارة عن محررات مكتوبة بصيغة الغائب (أى أسلوب موضوعى) ، وتتضمن ما اتفق عليه شفويا ، وكان يوقع عليها عدد من الشهود . والنوع الثانى هو الإقرارات ، وهى عبارة عن محررات مكتوبة بصيغة المتكلم (أى أسلوب شخصى) ، وهى عادة بيد المدين الذى يقر فيها بالدين الذى يشغل ذمته (١) .

كذلك عرف الرومان فكرة نشر التصرفات الناقلة أو المنشئة للحقوق العينية على العقارات ، تحقيقا للمصلحة العامة وإحاطة الغير علما بالتصرف . فإجراء تصرف ناقل لحق الملكية – مثلا – يؤدى إلى افتقار ذمة مالية لشخص ما واغتناء ذمة أخرى ، وقد يوجد الكثير من الأفراد الذين يريدون معرفة هذا التغيير (كدائنى المتصرف مثلا) ، ومن ثم استلزم النشر بالنسبة للتصرفات الناقلة لملكية العقارات باعتبارها أموالا تمتعت بدرجة كبيرة من الأهمية حتى العصور الحديثة (٢) . والتصرفات العقارية فى عصر

---

(١) الوثائق الرومانية كانت وثائق خاصة ، فلم تعرف الوثائق العامة أو الرسمية – أى الوثائق التى يقوم بالإشراف عليها موظف عمومى – إلا منذ أوائل القرن الثالث بعد الميلاد ، واشترط هذا النوع من الوثائق فى ظل الإمبراطورية السفلى بالنسبة للهبات . دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٠٨ .

(٢) لم يعرف الرومان مبدأ نشر التصرفات الناقلة لملكية العقارات إلا فى المقاطعات ، واستفادوا من النظام الذى كان معمولا به فى مصر فى العصر الأول من الإمبراطورية ، إذ وجد سجل عقارى يحتوى على أسماء الملاك العقاريين ، وإشارة إلى العقارات التى يملكها كل فرد ، وكان كل تصرف ناقل للملكية يدون تحت أسماء الأفراد الذين يتعلق بهم التصرف . ولذلك كانت هذه السجلات تعطى صورة أمينة للتغييرات المختلفة ، وكان التدوين يتم بناء على طلب الطرفين ، ويترتب على إهماله عدم سريان التصرف فى موجهة الغير .

ويثور الخلاف حول معرفة الغرض الرئيسى من وجود السجلات العقارية المذكورة ، فهناك فريق من العلماء يرى أن الهدف الرئيسى ينحصر فى ضمان علانية ونشر التصرفات العقارية . وهناك فريق آخر يذهب إلى أن السجلات العقارية كانت تستخدم أساسا لغرض ضريبى ، أى لتحديد =

جستنيان كانت تتم أمـام السلطــة العامـة ، كما أن الهبات – سواء كان محلهـا عقـارا أم منقولا – خضعت لإجراء التوثيق ، أى كـان مــن الـلازم تسجيلها متى جـاوزت قيمتها خمسمائة دينار . وبذلك فرض شـرط النشـر والتسجيــل بالنسبة إلى تصرفـات معينة ، رغم أنه كـان مجهـولا – كقاعــدة عامـة – من القـانون الرومـانى فى العصر العلمـــى (١) .

= القيمة التى يدفعها كل مالك من الضرائب ، وبطريق غير مباشر استخدمت أيضـا بقصد العلانيـة والنشر ، ويستدل هذا الفريق لرأيه من حرص الرومان على الاحتفـاظ بسـجلات عقاريـة بالنسبة إلى المقاطعات دون إيطاليا ، إذ أن الأراضى الإيطاليـة كانـت معفـاة من الضرائب . دكتـور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مـع دراسـات فى نظريـة الحـق والقـانون فـى القانون الرومانى " ، ص ١٠٩ .

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ١٠٩ .

المبحث الثانى
الواقعة القانونية
La fait juridique

تعتبر واقعة بالمعنى العام ، كل واقعة أو حدث يعتد به القانون ، ويرتب عليه أثرا معينا وخاصة إنشاء حق أو نقله أو انقضائه ، ويستوى أن يكون الحدث من عمل الطبيعة أو من فعل الإنسان ، أم نتيجة لاتجاه إرادة شخص لاحداث آثار قانونية محددة .

غير أن الفقه اصطلح على تسمية كل حدث مادى من عمل الطبيعة أو من عمل الإنسان ، بالواقعة القانونية ، ما دام أن القانون هو الذى يرتب عليه أثرا قانونيا دون أن يكون لإرادة الشخص أى دخل فى إنتاج هذا الأثر (١) ، وبصرف النظر عن الدور الذى لعبته الإرادة فى إحداث الواقعة . فالواقعة القانونية بهذا المعنى الضيق هى : " كل ما يرتب أثرا قانونيا دون أن يعتبر تصرفا قانونيا " . فالقانون إذن يكتفى بالنسبة لهذه الوقائع بمجرد الوقوع المادى لها ، ويربط بينه وبين ترتيب أثر قانونى معين ، حتى فى الصورة التى يكون فيها هذا الوقوع إراديا ، فإن الواقعة لا تنقلب إلى تصرف قانونى (٢) . فالإرادة لا قيمة لها فى نطاق الوقائع القانونية ، لأن جوهرها هو الواقعة المادية فى حد ذاتها ، فسواء إتجهت إرادة الشخص لإحداث الأثر القانونى أم لا،فإن القانون يستقل بترتيب الأثر على حدوث الواقعة ، لذلك لا يشترط توافر اكتمال أهلية الشخص كى تنتج هذه الوقائع آثارها . وعلى ذلك ، فيستوى أن يكون الشخص قد قصد الأثر القانونى الذى يترتب على الفعل المادى أم لم يقصده ، لأن القانون يرتب هذا الأثر على الفعل فى ذاته دون أن

---

(١) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، دكتور / رمزى فريد مبروك : المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الثانى ، النظرية العامة للحق ، ص ٤٨٤ .

(٢) دكتور / أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثانى ، مقدمة القانون المدنى ، ص ٣٧٠ .

يهتم بالإرادة ، بمعنى أن نفس الأثر القانونى كان سيترتب ولو لم تقصد إليه الإرادة فعلا (١) ٠

والوقائع القانونية تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان . فالوقائع الطبيعية ، هى الوقائع التى تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان أى دخل فى وقوعها ، ويطلق عليها " وقائع مادية " . ومن أمثلة الوقائع القانونية التى لا دخل للإنسان فى وقوعها : الولادة ، فحدوثها يكسب الإنسان الشخصية القانونية بشروط معينة فى القانون الرومانى ، الموت ، لأن حدوثه يترتب عليه انتقال الحقوق والالتزامات إلى الورثة ، انفصال الثمار عن الأصل التى نتجت عنه ، حيث يؤدى إلى نشوء حق ملكية جديد على الثمار التى أصبحت شيئا متميزا عن الأصل (٢) . والوقائع القانونية التى من فعل الإنسان ، هى الأعمال التى تصدر من الشخص فيرتب عليها القانون أثرا دون النظر إلى إرادة صاحبها ، فسواء كان يقصد الشخص هذا الأثر أم لم يقصده فإن القانون هو الذى يحدد الأثر الذى يترتب على هذه الأعمال (٣) . وتسمى هذه الوقائع " أعمال مادية أو وقائع مادية " ٠

ومن أمثلتها : العمل غير المشروع ، فالإنسان إذا ارتكب جريمة فإن القانون يلزمه بدفع تعويض إلى المصاب ، ولذلك تعتبر الجرائم الخاصة فى القانون الرومانى(كالسرقة والاعتداء على جسم الإنسان وإتلاف مال الغير) مصدرا من مصادر الالتزام ، ومنها أيضا الإثراء بلا سبب (ومن أهم تطبيقاته فى القانون الرومانى إسترداد ما دفع بدون وجه حق) ، ومنها أيضا الالتصاق فإذا بنى شخص فى أرض مملوكة لغيره فإن صاحب الأرض يتملك البناء بالالتصاق وعليه أن يدفع لصاحبه تعويض (٤) ٠

---

(١) دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعة : دروس فى مبادئ القانون ، ص ٣٣٣ ٠

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٣٨٧ ٠

(٣) دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعه : دروس فى مبادىء القانون ، ص ٣٣٢ ٠

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٨٨ ٠

الباب الثانى
أركـــــان الحق

إن أركان الحق أو عناصره هى الأمور التـى لابـــد مـن توافرهـا حتـى يقـوم الحـق أو يوجد ، بحيث إذا تخلف واحد منها فإن الظاهرة التى قد توجد لن تكون أبدا ممـا يصـدق عليه وصف الحق (١) ٠

وتعريف الحق باعتباره سلطة يقررها القانون لشخص معـين ، يكـون لـه بمقتضاهـا أن يستأثر بشيء معين ، أو أن يقتضى من شخص آخر أداء معينـا ، يـبرز لنـا عنـاصر الحـق الداخلية أو أركانه التى لابد من توافرها لقيامه (٢) . فهما عنصران : الأول هو شـخص أو صاحب الحق الذى يستأثر وحده به دون غيره من الأشخاص ، ويكون له التمتـع بمـا يخوله الحق من مكنات وسلطات ، وهذا هو الجانب أو الطرف الايجـابى للحـق . بيـد أن الاستئثار لا يفيد صاحبه إلا إذا كان القانون يفرض احترام الحق على الناس كافة أو على شخص بذاته خاصة ، أى يكون عليهم التزام عـام باحـترام الحـق أو الـتزام خـاص علـى شخص بذاته بأداء معين حسب الأحوال ، وهذا هو الجانب أو الطرف السـلبى للحـق . إذن فالعنصر الأول من عناصر الحق هو الأشخاص ، دائنين كانوا أم مدينـين . والعنصـر الثانى هو المحل ، أى القيم أو الأشياء التى يرد عليها الاستئثار (٣) ٠

وفى دراستنا لأركان الحق، نعرض فى فصلين متتاليين،لأشخاص الحق، ثم لمحل الحـق٠

---

(١) دكتور / أحمد سلامه : المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثانى،مقدمة القانون المدنى ،ص ١٥٥ ٠

(٢) يستلزم الحق تقرير سلطات يباشرها صاحب الحق أو من يقوم مقامه حتى يمكن أن تتحقق المصلحة المقصودة من تقرير الحق ، ومن هذه السـلطات يتكـون " مضمـون الحـق " . ومضمـون كـل حـق يختلف عن مضمون غيره . ولهذا فدراسة السلطات المختلفة التى يخولها كل حق تكون عند دراسـة هذا الحق دراسة تفصيلية وليـس موضعهـا النظريـة العامـة . دكتـور / منصـور مصطفـى منصـور : مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، ص ١٠٢ ٠

(٣) دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، دكتـور / رمـزى فريـد مـبروك : المدخـل للعلـوم القانونيـة ، الكتـاب الثـانى ، النظريـة العامـة للحـق ، ص ١٠٥ . ويضيف بعض الفقهاء ركنا ثالثا هو سبب الحق ،أى الواقعة التى يقر بها القانون نسبة محل الحق =

الفصل الأول
أشخاص الحق

جرى الفقه فى العصر الحديث على تعريف الشخصية القانونية بأنها " الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات " . والتمتع بالشخصية القانونية يؤدى إلى ثبوت ما يسمى بأهلية الوجوب ، أى صلاحية الشخص لأن تجب لـه أو عليـه الحقـوق والواجبات ، لذلك فإن أهلية الوجوب هـى الشخصية القانونيـة ذاتها . ولكـن التمتع بالشخصية القانونية لا يكفى لكى يقوم الشخص بنفسه بممارسـة التصرفات القانونية ، ذلك أن هذه التصرفات لا تنتج أثرها من الناحية القانونيـة إلا إذا صـدرت عـن شـخص قادر على التعبير عن إرادته ، والقدرة على التعبير عـن الإرادة لا تتحقـق إلا بتوفـر قـدر معين من التمييز ، وتسمى القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيرا يعتد بـه القـانون بأهليـة الأداء ، ولذلك فهى تعرف بأنها " صلاحية الشخص للتعبير عـن إرادتـه تعبـيرا يعتـد بـه القانون فرتب عليه آثارا قانونية " . ومن هنا كان التميـيز هـو منـاط أهليـة الأداء بينمـا كانت الشخصية القانونية هى مناط أهلية الوجوب . وعلى ذلك فأهلية الوجـوب تثبـت للشخص بمجرد اكتسابه للشـخصية القانونيـة أمـا أهليـة الأداء فهى تـدور مـع التمـييز وجودا وعدما ، ولذلك لا يتصور أن تثبت للشخص أهلية الأداء دون أن يكـون متمتعـا بأهلية لوجوب ، وعلى العكس من ذلك فقد تثبت له أهلية الوجوب وتنعدم لديـه أهليـة الأداء كما فى حالة عديم التمييز (١) ٠

فالقاعدة العامة أن الشخصية القانونية تثبت للإنسان لمجرد كونه إنسانا ، ولكن ليـس هناك ما يمنع من ثبوت الشخصية القانونية لغير الإنسان . فضرورات الحيـاة العمليـة قـد استلزمت الاعتراف بالشخصية القانونية لجمع مـن الأفـراد أو مـن الأمـوال منظـور إليـه ككيان قائم بذاته ومتميز عن الأفراد المكونين له.وقد سماها الرومان" Universitates "

= إلى صاحب الحق . فضرورة إقرار القانون لوجود الحق عن طريق سبب أو مصدر يسـمح بإنشـائه ، يعتبر مصدرا للحق . ومثل هذا الركن يسبق وجود الحق ولا يعتبر عنصرا فيه ٠

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٩١ ٠

تمييزا لها عن الشخصية القانونية المعترف بها للإنسان (١) ، وتسمى فى القوانين المعاصرة الشخصية المعنوية أو الشخصية الاعتبارية •

وقد اعترف القانون الرومانى للإنسان بالشخصية القانونية إذا توافرت شروط معينة ، وبالإضافة إلى ذلك اضطر الرومان للاعتراف ببعض مظاهر الشخصية القانونية لبعض الهيئات والجمعيات ، وهذا هو الشخص الاعتبارى . ولذلك سوف ندرس الشخص الطبيعى والشخص الاعتبارى فى مبحثين متتاليين •

---

(١) عبر الرومان عن الشخص الطبيعى بكلمة " Caput " التى كانت تعنى فى اللغة الرأس ، ثم انصرف معناها للتعبير عن الشخص بأكمله.وعبروا عنه أيضا بكلمة " Persona " والتى كانت أكثر شيوعا من الكلمة الأولى ، والتى جاء منها لفظ " personne " فى اللغة الفرنسية والذى يعنى شخص ، وكانت تعنى لدى الرومان القناع الذى يضعه الممثل المسرحى لإبراز الدور الذى يؤديه •

ومن الواضح أن كلا اللفظين " persona, caput " يحمل معانى الشخصية من حيث تعبيرها عن العقل وبالتالى التمييز والمسئولية والدور الذى يلعبه الإنسان فى المجتمع ، وهى أمور لاتتوافر للحيوان أو الجماد . دكتور / محمد على الصافورى : القانون الرومانى ، الندى للطباعة بشبين الكوم ، ص ٢٩١ •

المبحث الأول
الشخص الطبيعى

لم يتوسع القانون الرومانى - شأنه فى ذلك شأن القوانين القديمة - فى فكرة الشخصية القانونية ، ولم يعترف بها - على خلاف القوانين الحديثة - لسائر الناس . فقديما لم تكن الشخصية القانونية فى روما معترفا بها لكل إنسان (١) ، بل كان لابد لوجودها من توافر عناصر خاصة جعلت من هذه الشخصية امتيازا لبعض الأفراد ، إذ يجب أن يكون الشخص حرا لا رقيقا ، مواطنا لا أجنبيا ، ورب أسرة لا خاضعا لسلطة غيره ، فكانت بالشخصية القانونية مقصورة إذن على أرباب الأسر الرومان . ثم اعترف القانون الرومانى شيئا فشيئا فى العصر العلمى وعصر الإمبراطورية السفلى بشخصية مقيدة للأفراد الخاضعين لسلطة رب الأسرة وللأجانب والأرقاء . ولكنه لم يصل مع ذلك إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لكل إنسان ، بل ظل رب الأسرة ، حتى فى عصر جستنيان ، هو وحده الذى يتمتع بشخصية قانونية كاملة (٢) .

فاجتماع هذه العناصر الثلاثة فى شخص يكسبه أهلية الوجوب ، أى أهليته لأن يكون له حق أو عليه واجب ، إلا أن الشخص قد يكون متمتعا بأهلية الوجوب ، ولكنه محروم بسبب صغر سنة أو جنسه أو حالته العقلية من استعمال حقوقه والتصرف فى أمواله وتأدية واجباته بنفسه ، وهو ما يعبر عنه بأهلية الأداء ، الأمر الذى يستلزم أن ينصب عليه وصى أو قيم يتولى عنه إدارة أمواله وتنفيذ التزاماته . وقد وضع الفقهاء الرومان كذلك القواعد التى تحدد بدء الشخصية القانونية ونهايتها . وسنخصص مطلبا لدراسة كل موضوع من هذه الموضوعات .

---

(1) Huveline : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, P. 218 - 220.

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول " المقدمة التاريخية ، الأشخاص ، الملكية ، الحقوق العينية المقررة على مال الغير " ، طبعة ١٩٥٣ ، ص ١٤٧ .

المطلب الأول
عناصر الشخصية القانونية الطبيعية

كان يجب لقيام الشخصية القانونية أن يكون الشخص حرا ، ومواطنا رومانيا ، ورب أسرة غير خاضع لسلطة غيره . وهذه العناصر وإن تعارضت مع المبادىء المقررة فى القوانين الحديثة إلا أنها تتفق تمام الاتفاق والنظام الاجتماعى والسياسى الذى عليه المجتمعات القديمة .

أولا : حالة الحرية :

حالة الحرية هى القاعدة والرق هو الاستثناء ، حيث كان إنسان حرا ما لم يقم سبب يجعله من الأرقاء ، فالحر من لم يقع تحت سلطة سيد ولم يكن مملوكا لغيره ، ويتمتع بأهلية قانونية تختلف بحسب طبقته . ولما كانت الشخصية القانونية تثبت للأحرار متى توافرت باقى عناصرها ، فإنهم يتمتعون بالحقوق ويتحملون بالالتزامات باعتبارهم الأشخاص العاديين . وقد يكون الشخص حرا بحسب الأصل ، أى حرا أصيلا ، وهؤلاء هم الذين ولدوا وعاشوا أحرارا (١) . وقد يكون الشخص حرا بسبب طارىء ، وهذا هو المعتق ، الذى كان رقيقا فى وقت من حياته ثم حرر بعد ذلك ، وقد كان هذا النوع من الأحرار فى مركز أقل من النوع الأول (٢) . وهناك طبقة أخرى من الأشخاص هم فى حالة وسط بين الأحرار والأرقاء ، وهم المشبهون بالرقيق .

أ - الأرقاء :

كان الرق نظاما أساسيا فى حياة الأمم القديمة ، ومع أن فقهاء الرومان فى عهد الإمبراطورية - إستنادا إلى الفلسفة اليونانية - كانوا يرون الرق مخالفا لقوانين الطبيعة حيث قد خلق الله الناس أحرارا ، إلا أنهم كانوا يعتبرونه نظاما من نظم قانون الشعوب

---

(1) : Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 230 et s.

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ١٤٢ .

الذى كانت قواعده سارية فى جميع الأمم (١) . وقد وجدوا مبررا له فى تلك الظاهرة التى كانت أصلا لنشأته وهى الحرب ، فالمنتصر كان له الحق فى قتل عدوه المهزوم ، فله من باب أولى استعباده ، لأن مالك الكل يملك الجزء ، ومن كان له حق الموت فله حق الحياة . وقد عنى القانون الرومانى منذ نشأته بتنظيم الرق ، من حيث أسبابه ، وحالة الرقيق ، وانقضاء صفة الرق (٢) .

---

(١) بدأت فكرة الرق عند الرومان مرتبطة بفكرة الجنسية الأجنبية . ففى القديم كان هناك تلازم بين الحرية والجنسية الرومانية ، فالشخص لا يكون حرا إلا إذا كان متمتعا بالجنسية الرومانية ، ومن يفقد الجنسية الرومانية ، يفقد بالضرورة صفة الحرية . فالأجنبى الذى لا يرتبط بروما بأية معاهدة تحالف أو صداقة أو لا يستجير بأحد الرومان لحمايته ، يعتبر بالنسبة لهم " شيئا لا مالك له " ، ومن ثم يجوز الاستيلاء عليه ، أى استرقاقه (موسوعة : ٣٩ ، ١٥ ، ٥ ، ٢) . وعلى ذلك فالرقيق هو الأجنبى الذى استحوذ عليه رومانى . وترتب على ذلك من ناحية أخرى ، أن الرومانى لا يمكن أن يكون رقيقا داخل مدينة روما لأنه يتمتع بالجنسية الرومانية ، وتطبيق هذا المبدأ الأخير أدى إلى ظهور قاعدة أخرى هى أن الرومانى الذى أسر فى الخارج يسترد حريته (ومن ثم يسترد الحقوق التى فقدها بسبب الأسر) بمجرد عودته إلى روما إذا توافرت شروط معينة ، وهذه القاعدة عرفت عند الرومان باسم " قاعدة تخطى الحدود " .

ولكن اتصال روما بالشعوب الأجنبية وتحول المجتمع الرومانى من مجتمع زراعى إلى مجتمع تجارى أدى إلى تخلى الرومان عن نظرتهم العدائية نحو الأجانب ومعاملتهم كأناس يتمتعون بحقوق مثلهم بدلا من اعتبارهم أشياء لا مالك لها .

وقد ساعد على تنمية هذه الفكرة الأخيرة الآراء الفلسفية التى أخذها الرومان عن الفلاسفة الأغريق . وقد ترتب على ذلك انفصال فكرة الحرية عن فكرة الجنسية الرومانية فنظر الرومان إلى الرق باعتباره حالة قانونية واجتماعية ، من مرتبة دنيا ، يوجد فيها الرقيق تجاه سيده . ولذلك جاز استرقاق الرومانى داخل مدينة روما (وهو بطبيعة الحال يفقد الجنسية الرومانية نتيجة لوقوعه فى الرق) . فمنذ العصر الإمبراطوري أصبح من الجائز أن يفقد الرومانى حريته ويصبح رقيقا كعقوبة له فى بعض الحالات .

دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢١٤ - ٢١٥ .

(٢) الأستاذ / على بدوى : مبادىء القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٨ .

أسباب الرق :

هناك مصدران رئيسيان للرق : ١- الأسر فى الحروب ، ٢- الولادة من جارية ، والعبرة هنا بحالة الأم ، فمن كانت أمة جارية يصبح رقيقا حتى ولو كان أبوه حرا ، ومن كانت أمة حرة يصبح حرا حتى ولو كان أبوه عبدا ، والعبرة بحالة الأم وقت الولادة لا وقت الحمل . ومنذ القرن الثالث الميلادى أصبح يكتفى لاعتبار الولد حرا أن تكون الأم قد اكتسبت صفة الحرية - ولو لفترة وجيزة - أثناء مدة الحمل حتى ولو أصبحت جارية عند الولادة (١) •

المركز القانونى للرقيق :

يعتبر الرقيق كمبدأ عام من الأشياء وليس بشخص،فهو يدخل فى تكوين ثروة السيد ، بل هو عنصر مهم من عناصرها ، وهو يعتبر من الأشياء النفيسة.وللسيد على عبده حق الملكية ، فله عليه حق الاستعمال باستخدامه داخل المنزل وخارجه ، وحق الانتفاع ، فأولاد الرقيقة ملك لسيدها ، وحق التصرف ، فله أن يبيع عبده ، وله أن ينبذه ، ولكن

---

(١) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

- Levy - Bruhl : Esquisse d'une thèorie sociologique de l'esclavage a Rome, 1931, P. 8 et s.
- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 111.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1934, T. I, P. 256.

وهناك أسباب أخرى للرق منها : ١- من يتواطأ مع الغير على أن يبيعه لآخر باعتباره رقيقا ويقتسم معه الثمن ، ٢- صدرت توصية من مجلس الشيوخ فى عام ٥٢م فى عهد الإمبراطور " كلود " تقضى بأن المرأة الحرة التى تعاشر رقيقا بدون علم سيده تصبح جارية لهذا السيد ، ٣- يصبح الشخص رقيقا كعقوبة تبعية إذا حكم ضده ببعض العقوبات الخطيرة • ٤- العتيق الذى يجحد نعمة سيده • ٥-الشخص الذى يبيع نفسه ، بسبب سوء الحالة الاقتصادية فى العصر البيزنطى ، لأحد كبار الملاك الزراعين . وفى عهد جستنيان ألغيت توصية " كلود " وألغى الرق كعقوبة تبعية وبقيت الحالات الأخرى . دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى •

- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, P. 78.

لا يتحرر العبد المنبوذ بمجرد تخلى سيده عنـه ، بـل يعتـبر عبـدا بـلا مـالك لأى قـادم أن يستحوذ عليه ويضمه إلى ملكه . وحق السيد فـى التصرف فـى عبده يشمل أيضا حقه فى إعدامه ، فله عليه حق الحياة والموت (١) •

وقد ترتب على اعتبار الرقيق شيئا أى عنصرا من عناصر الذمة الماليـة للسـيد ، عـدم صلاحيته لاكتساب أى حق أو التحمل بأى واجب . فحرم مـن كـل مظـاهر الشـخصية القانونية سواء فى محيط القانون العام أم القانون الخاص . فهو لا يمارس حقوق الانتخاب ولا يتولى مناصب ووظائف الدولـة . وليست له ذمـة ماليـة فكـل مـا يكسـبه يـؤول إلى سيده ، وليست له حقوق أسرة ، فالمعاشرة بين الأرقاء تعتبر اختلاطـا ماديـا ولا توصـف بأنها زواج ، والأولاد لا ينسبون إلى أبيهم بل يعتبرون ملكا للسيد ، فنتاج الرقيـق مثـل نتاج الحيوان . وإذا اعتدى الرقيق على أحد أو اعتدى عليه أحد لا يملك حق التقاضى ، بل سيده هو المسئول عن دفع التعويـض للغـير أو الحصـول علـى التعويـض مـن الغير لنفسـه •

غير أن تطور القانون الرومانى أدى إلى الاعتراف للرقيق بشخصية قانونية مقيدة نتيجة للتطور الاجتماعى والاقتصادى ، أو تحـت تأثير الأفكـار الفلسـفية الإغريقيـة والأفكـار المسيحية والقوانين الشرقية •

فالقانون الرومانى اعترف للرقيق ببعض مظاهر الشخصية القانونية فى محيـط القـانون الخاص ، فاعترف له بحقوق دينية شـبيهة بحقـوق الأحـرار ، مثـل حقـه فـى عبـادة أرواح أسلافه وتقرير حرمة لقبورهم والتزامه بأن يبر بقسـمه ويفـى بنـذره . واعـترف البريتور منذ أواخر العصر الجمهورى بصحة نيابة الرقيق عـن سيدة فيمـا يجريـه مـن التصرفـات القانونية التى كلفه بها السيد – مثله فى ذلك مثل ابن الأسرة – خلافا للقاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن الرقيق يعتـبر أداة فـى يد سيـده لكسب الحقـوق دون التحمل

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومـانى " تاريخه ونظمه " ، ص ١٧٨ •

بالواجبات ، فأصبح السيد يلتزم بالالتزامات التى يجريها رقيقة فى حدود معينة وبشروط محـــددة (١) •

ومنذ العصــر العلمــى ، اعــترف القانون الرومانى للرقيق بشخصية قانونيــة مقيـدة لا يظهر أثرها إلا بعد عتق الرقيق . من ذلك الاعتراف له بأهلية التعاقد باسمه وعلى وجه الاستقلال عن سيده ، غير أن هـذه الالتزامات التى يجريها الرقيــق سـواء مـع سـيده أم مع الغير أثناء فترة الرق توصف بأنا التزامات طبيعية (٢) ، فهى لا يترتب عليهـا أى أثـر طالما ظل الرقيــق فــى حالــة الرق ولا يظهــر أثرهــا إلا بعــد عتقه . فالعتيق وإن كــان لا يجبر قانونا على الوفاء بها إلا أنه إذا وفى بها عن طواعية واختيار لا يجوز لـه اسـترداد ما وفى بـــه (٣) . والجرائم التى يرتكبها الرقيق أثناء الرق يطالب السـيد بدفـع الغرامـة المقررة عنها ، فإذا أعتق قبل الوفاء بهـا أصبـح العتيـق مسـئولا مدنيـا عـن الوفـاء بهـذه الغرامة للمجنى عليه . ومنذ القرن الثالث الميلادى اعترف القانون بالقرابة بين الأرقـاء ، مما ترتب عليه عدم جواز الفصل بين الأرقاء الأقــارب ، فلا يجـوز مثـلا بيـع الولـد دون أمه . واعتبرت القرابة بين الأرقاء مانعــا مــن موانع الــزواج الـذى يعقــده العتيـق بعـد عتقه ، واعتبرها جستنيان سببا من أسباب الإرث بعـد العتـق (٤) . ومنـذ القـرن الثـالث الميلادى ، بعدما أدخل نظام الدعــاوى الإداريــة ، أصبح لكل مــن العبـد المدبـر (عتـق عن طريق الوصية) والعبد المكاتب (عتــق عــن طريـــق الاتفاق مع السـيد) أن يلجـأ إلى القضــاء لاجبــار السيـــد وورثته مـــن بعــده علــى تنفيـذ الاتفــاق أو الوصيـــة

(1) Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, paris 1947, T.I. P. 211 - 212 .

(٢) الالتزامات الطبيعة هى التزامات صحيحة طبقا لأحكام القانون الطبيعى ، إذ أن القانون لا يمنح الدائن فى الالتزام الطبيعى أية وسيلة تمكنه من إجبار المدين على الوفاء •

(٣) هذا الأثر هوالذى يفرق الالتزام الطبيعى عن الالتزام الباطل ، فالوفـاء بـالالتزام الأخـير يعتـبر وفاء بشيء غير واجب الأداء ومن ثم يجوز لمن وفى استرداد ما وفى به ، وذلك بعكس الوفـاء بالالتزام الطبيعى •

(4) Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P, 108-109.

التى تضمنت عتقـــه (١) .

انتهاء حالـة الـرق :

تنتهى حالة الرق باكتساب الرقيق للحرية بإحدى الطرق التىنص عليها القانون(٢) وأهمها إظهار السيد إرادته منح الحريـة لرقيقـه وهـذا هـو مـا يسـمى بـالعتق . وبـالنظر لأهمية الآثار التى تترتب على اكتساب الحرية وارتباطها فى العصر القديم بصفة الوطنية الرومانية استلزم الرومان تدخل السلطة العامة بجانب إرادة السيد . وليس هذا فحسـب بل إن الرومان لم يتصوروا – كقاعدة عامة – أن ينتقل الشخص من حالة الرق إلى حالة الحرية دفعة واحدة بل استلزموا أن يمر الرقيق بمرحلة وسطى بين الـرق والحريـة الكاملـة هى العتق ، ويتحدد على هذا الأساس مركزه القانونى طيلة حياته . أمـا الحريـة الكاملـة فلا يتمتع بها إلا أولاد العتقاء وذريتهم إذا ولدوا بعد العتق ، ولكن أولاده الذين ولدوا فى فترة الرق فيظلون أرقاء ، وكذلك زوجته ، ما لم يشملهم العتق (٣) .

ب – العتقــاء :

العتيق هو من كان رقيقا واصبح حرا ، ولكنه لا يستوى فى الحقوق بالأحرار الأصلاء الذين ولـدوا أحـــرارا ولم يسـبق جريـــان الـرق عليهـــم فـــى أى لحظـة مـن لحظـات حياتهم . فالقاعدة إذن أن الحـر إذا فقـد حريته بعـد ولادته ثم استردهــا يصير عتيقا

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٩٦ .

(٢) كثرت الأحوال التى ينص فيها القانون على زوال حالة الرق إبتداء مـن عهـد " قسـطنطين " تحت تأثير تعاليم الديانة المسيحية ، وتقرر بعضها عقابا للسيد على سوء معاملته للرقيق ، كمـا لـو نبـذه لشيخوخته أو لمرضه . والبعض الآخر مكافأة للعبد علـى عمـل أتـاه لمصلحـة سيده أو للمصلحـة العامة ، كما لو كشف عن قاتل سيده أو عن الجناه فى بعض الجرائم العامة . وكذلك كـان للعبـد قبيل عصر جستنيان أن يكتسب الحرية بالتقادم بمضى عشرين سنة على تمتعـه بحالـة الحريـة الفعلية متى كان معتقدا بحسن نية أنه إنسان حر . دكتور / عمـر ممدوح مصطفـى : الموجـز فـى القـانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ١٥٩ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٢٣ .

لا حرا أصيلا (١) ٠

طـرق العتـق :

العتق الذى يحصل بإرادة السيد قد يتم فى صورة رسمية أو فى صورة غير رسميـة (٢) . والطرق الرسمية للعتق فى القانون القديـم كـانت تنحصـر فـى ثـلاث طـرق : الطريقـة الأولى : قيد الرقيق فى قوائم الأحرار أثناء الإحصاء ، وقد بطلت هذه الطريقة عملا فـى العصر الإمبراطوري لزوال عادة الاحصاء . الطريقة الثانيـة : دعـوى الحريـة الصوريـة ، وتنحصر هذه الطريقة فى أن يتفق السيد مع شـخص آخـر ينـوب عـن الرقيـق فـى رفـع دعوى الحرية حيث يقرر أمام الحاكم القضائى بأن الشخص الذى يدعى بأنه عبد هو فى الواقع حر ، ثم لا ينازع السيد فى هذا الإقرار ، فيسجل الحـاكم هـذا الإقـرار ويتحـرر بذلك العبد ، وقد تبسطت هذه الطريقة فى عصر جسـتنيان فـاكتفى بـإقرار مـن السـيد أمام الحاكم . الطريقة الثالثة : الوصية ، فقـد يوصـى السيد بعتـق عبـده ، إلا أنـه كـان يشترط لتنفيذ الوصية موافقة مجالس الشعب عليها لما فى الوصية من تغيير لنظام الأسرة المقررة قانونا (٣) ، ومنذ عصـر الإمبراطوريـة السفلـى تجردت الوصية مما كان يحيطها

---

(١) هذه القاعدة استثناء يرجع إلى نظرية " ما وراء الحدود " ، فالرومانى الذى عاد إلى بلدة بعد أسـره يسترد حريته ولكن لا يعتبر عتيقا ، بل يعتبر كأنه لم يستعبد ، ويسـترد فـى رومـا حالتـه القانونيـة وحقوقه الأولى ، كحق الملكية والسلطة الأبوية . وتقوم هذه النظرية على تجاهل القوانـين الأجنبيـة وعدم سريانها فى روما واعتبار الآثار التى ترتبت عليها كأن لم تكن ٠

- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1938, T.I, P. 213.

(٢) تطورت طرق العتق تبعا لتطور فكرة الرق عند الرومان . ففى العصور القديمة كان هناك تلازم بين صفة الحرية وصفة الجنسية الرومانية ، ولذلك كان لابد لحدوث العتق من إجراء رسمى تشترك فيـه الدولة والسيد . وحينما أصبح الرق – منذ العصر الإمـبراطورى – حالـة اجتماعيـة وقانونيـة مـن مرتبة دنيا ، انفصلت حالة الحرية عن حالة الجنسية الرومانية بحيث أصبح يجوز اسـترقاق الرومـانى داخل روما ، أمكن إجراء العتق بإرادة السيد وحدهـا دون تدخـل مـن جـانب الدولـة . دكتـور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٢٣ ٠

(٣) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومـانى " تاريخه ونظمه " ص ١٨٥ ٠

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 219 - 220.

من الشكليات فأصبحت تتم بعمل كتابى مجـرد مـن الشكـل . وظهرت طريقة جديدة للعتق منذ عهد قسطنطين تحت تأثير إنتشار الديانة المسيحية ، وهى طريقة العتق الدينية وتحصل فى الكنسية أمام أحد القساوسة .

أما العتق الذى كان يتم بغير أحد الطرق الرسمية سالفة الذكر ، فلم يكن له أثـر مـن الناحية القانونية . ومن أهم صورة العتق بإعلان شفهى من السيد ، أو بإقرار كتـابى منـه خالى من الشكل . فهـؤلاء العتقـاء لا يكتسبـون الحريـة طبقـا للقـانون المدنى ، غـير أن البريتور تدخل لحمايتهم بتمكينهم من ممارسة الحرية من الناحية الفعلية وذلك عن طريـق رفض دعوى الاسترداد التى يرفعها سادتهم (١) . وفى بداية العصر الإمـبراطورى صـدر قانون " جونيا Junia " الذى يقضى بأن المعتق فى هذه الحالة يعتبر حرا حال حياتـه فلـه أن يكتسب الحقوق ويجـرى المعامـلات ، ولكنـه يعتبر رقيقا عند وفاتـه فـلا تركـة لـه ولا وارث ، وإنما تذهب الأموال التى يتركها لسيده ، فهو والحالة هذه فى حالة وسـطى بين الحر والعبد . والمعتق بهذه الطريقة لا يكتسـب الجنسـية الرومانيـة ولكـن ينتمـى إلى طبقة اللاتينيين ، وتسمى هـذه الطبقـة مـن العتقـاء اللاتينيـين الجونيـين نسـبة إلى ذلـك القانون . وأخيرا سوى جستنيان بين العتق الرسمى والعتق الخالى من الإجراءات الشـكلية من حيث الأثر ، واعتبر كليهمـا صحيحـــة قانونـا مكسبا للحريـة وللرعويـة الوطنيـة معـــا (٢) .

المركز القانونى للعتقاء :

يترتب على العتق اكتساب العتيق صفة الحرية والصفة الوطنية إن كـان سـيده مواطنـا رومانيا . إلا أن العتق لا يتمتع بكل الحقوق التى للحر الأصيل ، بل يعتبر فى مرتبة أدنى منه ، كما تختلف حقوق العتيق بـاختلاف الحالـة الخاصـة بسيده الـذى أعتقـه . فلعتيـق المواطن الرومانى حقوق غـير حقـوق عتيق السيد اللاتينى أو السيّـد الأجنبى ، ولذلك

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٩٨ .

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومـانى " تاريخه ونظمه " ، ص ١٨٧ .

كانت توجد عدة طبقات من العتقاء تبعا لحالة السيد الشخصية ، وكان أفراد كل طبقـة عتها في مستوى أقل من طبقة الأحرار الأصلاء المقابلة لها ، ولم يصبح العتقـاء مـن طبقـة واحدة هي طبقة المواطنين إلا في عصر جستنيان (١) .

وأهلية العتيق مقيدة ببعض القيـود التي يرجـع بعضهـا إلى القـانون العـام ، والبعـض الآخر إلى القانون الخاص . ففي مجال القانون العام ، كان العتيق محروما من حق الاشتراك في مناصب الحكم كالعضوية في مجلس الشيوخ أو المجالس الشعبية أو تـولى الوظـائف القضائية (٢) ، وكذلك حرم مـن شـرف الخدمـة فـي فيـالق الجيـش حتـى نهايـة العصـر الجمهوري لتغير نظام التجنيد بعد ذلك (٣) . وقـد كـان مـن الممكـن رفـع هـذه القيـود السياسية بقرار من الأمبراطور لصفات أو أعمال ممتازة للعتيق ، وقد زالت جميع الفوارق السياسية بين طبقة العتقاء والأحرار الأصلاء في عصر جستنيان حيث سـوى بينهمـا فـي الحقوق السياسية (٤) . وفي مجال القانون الخاص ، كان القانون القديم يحظر على العتيق الزواج من الأحرار الأصلاء ، ثم قصر هذا الحظر على أعضاء مجلس الشيوخ وعـائلاتهم بقانون جوليا عام ١٨ ق.م ، ثم ألغى هذا الحظر نهائيا في عصر جستنيان . بيد أن أهـم القيود التي كانت تحد من أهلية العتيق ترجع إلى علاقة الولاء التي تنشأ بينه وبـين سـيده بسبب العتق ، والتي ترتب للسيد قبل العتيق حقوقا متنوعة يمكن حصرها في :

١- واجب الاحترام والإجلال نحو سيده،وهو واجب أخلاقي إلا أنه يترتب عليه بعض النتائج القانونية المتمثلة في عدم جواز رفع دعوى فيها مساس بشرف السيد أو اعتباره من العتيق ، ويترتب على مخالفة هذا الواجب أن يعيد السيد العتيق مرة أخرى إلى الـرق .

٢- واجب أداء العتيق الخدمـات وتقديم المساعدة لسيده كما كان قبل العتق بعض

---

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز في القانون الروماني ، الجزء الأول ، ص ١٦٣ .

(٢) على الرغم من أن صفة العتيق كانت لاتتعداه إلى فروعه ، فإن العضوية في مجلس الشـيوخ كـانت محرمة أيضا على أبنائه .

(٣) دكتور / محمد عبد المنعم بدر : القانون الروماني ، طبعة ١٩٣٧ ،دار النشر الحديث ، ص ٢٢ .

(4) Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 137.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1935, T. I, P. 289.

ساعات كل يوم ، وهو واجب أخلاقي ليس للسيد أن يجبر معتقه على القيام بـه ، ولكـن الرقيق كان يتعهد به عادة عند اعتاقه فيصبح بذلـك التزامـا مدنيـا ملزمـا للعتيـق قانونـا لاكتسابه بالعتق أهلية الالتزام .

٣- كذلك تولد علاقة الولاء بعض الحقوق المالية ، فللسيد حق الإرث من عتيقـه إذا توفى الأخير دون وارث وبدون ترك وصية ، ولـه أيضـا الوصاية الشرعية على زوجة عتيقه وأولاده القصر ، وليس للعتيق حق الإرث من مولاه ، ولكن على هـذا الأخير أن ينفق على عتيقه إذا أعسر ٠

وعلاقة الولاء ترتبط بشخص العتيق ولا تنتقل إلى ورثته مـن بعـده، ولكنهـا تنتقـل إلى ورثة السيد إذا توفى قبل عتيقه ، وتنقضى هذه العلاقة بوفاة العتيق أو بتنـازل السـيد أو ورثته عنها (١) ٠

جـ - المشبهون بالرقيق :

كانت توجد فى مختلف عصور القانون الرومانى بعض حالات يوضـع فيهـا الشـخص فى حالة تشابه حالة الرق ، دون فقد حريته أو وطنيته . وهى الحالات الآتية :

١- المدين المعسر الذى حكم بإلحاقه بدائنه : فللدائن الذى حصل على حكـم بديـن على مدينه ، حينئذ له أن يطلب إلى الحاكم الاستيلاء على مدينه ، فإذا لم يدفع ما حكـم به عليه أو لم يقدم كفيلا بالمبلغ المذكـور ، حكـم القـاضى بإلحاقـه بدائنـه وخـول الدائـن حبسه وبيعه بعد ستين يوما خارج رومـا كرقيق . ويعتـبر المديـن أثنـاء حبسـه ، أى قبـل بيعه ، كالرقيق برغم تمتعه قانونا بصفة الحريـة ، فللدائـن اسـترداده بدعـوى السـرقة إذا سرق من حيازته . إلا أنه يحتفظ بأهليته القانونية ، فله مثلا أن يتصالح مع دائنـه علـى أن يعمل لمصلحته حتى يعوضه بما يساوى قيمة الدين . وقـد زالـت هـذه الحالـة فـى عهـد الإمبراطورية (عام ٣٨٨م) بإلغاء السجون الخاصة (٢) ٠

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٩٨ ٠
دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، ص ١٦٤ ٠

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومـانى " تاريخه ونظمه " ، ص ١٩٠ ٠

٢- المدين الذى اقترض مبلغا من النقود بمقتضى عقد القرض القديم " ncxu m " وهى تشبه الحالة السابقة ، إذ كان للدائن فى حالة عدم الوفاء الاستيلاء على مدينه وحبسه من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائى . إلا أنه بطل العمل بهذا العقد فى القرن الخامس لإنشاء روما (عام ٤٢٦ لروما) بعد صدور قانون (Poetelia Papiria) ، الذى سلب الدائن حقه فى التنفيذ المباشر على شخص المدين بدون الحصول على حكم قضائى سابق (١) •

٣- الأولاد المباعون فى روما بالنسبة لمن اشتراهم : وهم أبناء وبنات الأسرة والنساء المتزوجات بالسيادة الذين باعهم رب الأسرة فى روما بطريق الإشهاد - إذ لو باعهم خارج روما لصاروا رقيقا - وذلك بقصد الانتفاع من أجور أعمالهم أو بقصد التخلص من تعويض جرائمهم ، فيخضعون بذلك بالنسبة لمن اشتراهم لنوع آخر من السلطة تشبه سلطة السيد على عبده ، وهى سلطة مؤقتة لا تزيد على خمس سنوات . ويحتفظ الإبن المباع فى روما بعنصرى الحرية والوطنية ، فله أن يباشر حقوقه السياسية ، ولكنه يفقد ببيعه عنصر الصفة العائلية ، فتنقطع صلته بعائلته ويصبح كالرقيق ليس أهلا للالتزام وثمرة عمله لسيده المشترى ويمثله فى العقود ، ولسيده التصرف فيه بالبيع أو الايصاء أو الإعتاق . فإذا أعتقه سيده - وللإبن الحق فى طلب التحرير بعد مضى خمس سنوات - فإنه يعود إلى سلطة أبيه إلا إذا تكرر بيعه ثلاث مرات (٢) ، فإنه يصبح بعتقه بعد ذلك مستقلا بحقوقه ، وقد أصبح ذلك سببا للتخلص من السلطة الأبوية وطريقة للتبنى والطلاق فى الزواج مع السيادة (٣) •

وقد قلت حالات بيع الأولاد فى نهاية عهد الجمهورية لظهور عقد إجارة الأشخاص ، فبطل بيع الآبناء بقصد الانتفاع من أجرة أعمالهم . ومن جهة أخرى فقد تبسطت إجراءات التحرير والتبنى وصار يكفى فيهما إقرار من الأب أمام الحاكم القضائى ،

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر : القانون الرومانى ، ص ٢٤ •

(٢) إذا كان حفيدا أو بنتا أو امرأة ، فيكفى بيعه مرة واحدة ليصبح بعتقه مستقلا بحقوقه •

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ١٦٥ •

- Girard : Manuel èlementaire de droit romain, Paris 1929, P. 143-144.

وهكذا بطل بيع الأبناء باعتباره وسيلة للتبنى أو التحرير . وأخيرا حرم جستنيان بيع الأبناء بقصد التخلص من تعويض جريمتهم ، وبذلك يكون قد زال كل أثر هذه الحالة في عهد جستنيان (١) ٠

٤- الذين تم فك أسرهم بفدية وأعيدوا إلى روما : وقد كانوا فى حكم الرقيق بالنسبة لمن دفع الفدية ، وكان هذا يستفيد من عمله حتى يستوفى قيمة الفدية .وفى العصر الإمبراطورى جعلت المدة القصوى لهذه الحالة خمس سنوات يصير بعدها الشخص حرا أصيلا لا عتيقا – طبقا لنظرية ما وراء الحدود – ثم تطور الأمر فى عهد جستنيان ، فكان لمن دفع الفدية مجرد رهن على أموال الأخير ، وبذلك يكون قد زال كل أثر هذه الحالة فى عهد جستنيان (٢) ٠

٥- الذى يخدم آخر معتقدا أنه رقيق له ، بينما يظن الآخر أنه سيده : فثمرات عمله لسيده المزعوم ، إذ أن حسن النية متوافر عنده (٣) ٠

٦- الذين تعهدوا بالعمل فى ألعاب السيرك ويقبلون تحمل المخاطر : وقد كانوا فى حكم الرقيق بالنسبة للمتعهد بالألعاب ، وله ثمرات عملهم ، واسترداده بدعوى السرقة إذا استولى عليهم متعهد آخر . وقد زالت هذه الحالة فى عهد قسطنطين الذى حرم منازلة الحيوانات الضاريه ، وإن كان يبدو أن هذا التحريم لم يسر إلا فى بعض المناطق فى الشرق ، ولكن فى عهد جستنيان اختفى ذلك نهائيا (٤) ٠

٧- المزارع الملحق بالأرض الزراعية : وقد نشأ هذا النظام فى عصر الإمبراطورية السفلى فى عهد قسطنطين ، لاستغلال الأراضى الفسيحة التى استولت عليها روما ولتسهيل جباية الضرائب . وبمقتضاه يلحق المزارع بقطعة أرض غير مملوكة له على أن يتعهد بزراعتها فى مقابل أجر يدفعه إلى المالك وله الانتفاع بالأرض بما زاد عن الأجر

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر : القانون الرومانى ، ص ٢٥ ٠

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ١٦١ ٠

(٣) الأستاذ / على بدوى : مبادىء القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٣٥ ٠

(٤) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ١٦٢ ٠

المذكور . وهو يشابه حالة الرقيق فى أن حالته وراثية لا تنفصل عن الأرض ، فهو ملحق بها هو وأولاده من بعــده وليس لــه أن يهجرهــا ، لأنه رقيــق لــلأرض ذاتهــا لا لسـيده ولا يمكن بيع أحدهمــا دون الآخر إذ ينتقل المــزارع مع الأرض بانتقالها مـن مـالك إلى آخر . وللمزارع – خلافا للعبد – أن يتزوج ، ولـه أن يكـون مالكـا أو دائنـا ، ولكـن ليـس لـه حق التصرف فــى أموالــه وذلـك لأن هـذه الأمـوال تعتبر ضمانـا للضريبـة المفروضة على الأرض وللإيجار المقرر لمالكها . وتنشأ هذه الحالة لأسباب أهمهـا الـولادة – ويكفى أن يكون أحد الأبوين مزارعا – والاتفاق ، بأن يتفق شخص معــدم مـع أحـد كبار الملاك على أن يلتحق بأرضــه كمــزارع ، وبمضـى مـدة ثلاثـون سـنة علـى اشتغال المزارع بالأرض . وتنتهى هذه الحالة – فـى عهـد جستنيان – بـأحد أمريـن ، اكتسـاب المزارع ملكية الأرض التى ألحق بها ، أو بالدخول – بموافقة المالك – فى سلك الكنيسة المسيحيــة (١) .

ثانيـا : حالـة الوطنيـة :

لا يكفى لاكتساب الشخصية القانونية أن يكـون الإنسـان حـرا ، بـل يجـب أيضـا أن يكون متمتعا بالجنسية الرومانية ، أما الأجنبى فلا يتمتع بالشــخصية القانونيـة . ولذلـك يجب التفرقة بين المواطنين الرومان وبين الأجانب وكذلك طائفة اللاتينيين .

أ – المواطنون الرومـان :

مصادر الجنسية الرومانية :

تكتسـب الجنسية الرومانيـة بـأحد الطـرق الآتيـة : ١– الـولادة من زواج شـرعى رومانى من أبوين يتمتعان بالجنسية الرومانية وقت الحمل والـولادة ، فإن كـان الـزواج مختلطا كالزواج بين رومانى وأجنبيــة تبـع الولـد حالـة أبيـه والعبرة بجنسية الأب وقـت الحمل ، أما فى حالة العلاقة غير الشرعية يتبع الولد حالة أمه والعبرة بجنسـية الأم وقـت الــولادة .

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الوجيز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ١٦٨ .

٢- إذا اعتق أحد الرومان رقيقه ، اكتسب العتيق الجنسية الرومانية •

٣- يكتسب الأجنبى الجنسية الرومانية إذا منحه القانون إياها ، وقد ظلت الجنسية الرومانية عزيزة المنال حتى أوائل القرن الثانى الميلادى (١) •

فقد الجنسية الرومانية :

يفقد المواطن الرومانى حالة الوطنية فى الأحوال الآتية :

١- إذا قام سبب من أسباب الرق ، لأن فقد الحرية يترتب عليه حتما ضياع الصفة الوطنية •

٢- إذا حكم عليه ببعض العقوبات فى بعض الجرائم العامة ، كعقوبة النفى فإنه يفقد وطنيته كعقوبة تبعية •

٣- إذا ترك جنسيته الرومانية بمحض إرادته وأصبح مواطنا فى مدينة أجنبية (٢) •

المركز القانونى للمواطن الرومانى :

كان المواطنون الرومان هم الذين يتمتعون وحدهم بالأهلية الكاملة ، سواء من ناحية القانون العام أم من ناحية القانون الخاص . فمن ناحية القانون العام ، كان للمواطن حق الانتخاب ، كما كان حق التشريح للوظائف العامة قاصرا فى الأصل على المواطنين ، ولهم حق الخدمة فى الجيش . ومن ناحية القانون الخاص ، كان للمواطن الحق فى الإفادة من النظم القانونية التى تدخل فى القانون المدنى . ويلخص شراح القانون الرومانى المحدثين هذه الأهلية القانونية التى كانت للرومان فى أنه كان لهم الحق فى إبرام الزواج

---

(١) فى بداية نشأة روما اقتصرت الجنسية الرومانية على الأشراف من أبناء روما دون العامة . ومنذ العصر الجمهورى تساوى العامة مع الشراف فى التمتع بها وامتد نطاقها إلى ضواحى روما (٢٤ ميلا مربعا) . أما الدول والمدن التى خضعت لروما فظل سكانها معتبرين من الأجانب ، وفى أواخر القرن الأول قبل الميلاد منحت الجنسية الرومانية لكل أبناء إيطاليا . وفى عام ٢١٢ صدر قانون منح الجنسية الرومانية لكل سكان الإمبراطورية الرومانية من الأحرار . ولم يبق محروما من التمتع بالجنسية الرومانية إلا سكان البلاد التى تقع خارج حدود الإمبراطورية ، وهؤلاء كان يطلق عليهم تعبير البرابرة . دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ،ص٤٠٠ •

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ١٦٩ •

الرومانى ، كما أن لهم حق التقاضى باستخدام الدعاوى التى يقررهـا القانون للحصول على الحق أمام القضاء ، كما أن لهم كذلك حق التعامل ، وقد كان حق التعامل فى الأصل يتمثل فى القيام بعمليات مقايضة تجارية مع الشعوب المجاورة ، إلا أنه فيما بعد ، كان هذا الحق يتضمن إمكـان استخدام طرق نقل الحقوق واكتسابها طبقا للقانون المدنى (١) .

ب - اللاتينيون :

اللاتينيون هم فى الأصل سكان إقليم " لا تيوم " الذى نشأت فيه مدينة روما ، وكانوا ينتمون إلى مدن تتمتع باستقلال ذاتى ولها قوانينها الخاصة . وفيما بعد منحت الصفة اللاتينية لبعض المستعمرات فى إيطاليا وخارجها . ولهذا فإن اللاتينيين ينقسمون إلى اللاتينيين الأصليين واللاتينيين سكان المستعمرات .

المركز القانونى للاتينيين :

بالنسبة للاتينيين القدماء ، وهم سكان الجزء الخاص من إيطاليا المسمى " لا تيوم " والذين اشتركوا مع سكان روما فى تكوين الاتحاد اللاتينى القديم الذى انحل ثم أعيد تنظيمه فى عام ٤٩٣ قبل الميلاد ، ويلحق بهم أيضا سكان المستعمرات القديمة التى أنشأها الاتحاد اللاتينى حتى سنة ٢٦٨ قبل الميلاد . فهؤلاء لا يختلف حالهم كثيرا عن الرومانيين ، إذ يتمتعون بالحقوق نفسها التى للرومان ماعدا حق تقلد المناصب العامة ، فكان لهم حق الاقتراع إذا وجدوا بروما أثنائه ، كذلك كانوا يتمتعون بباقى الحقوق المدنية كالزواج والتعامل والتقاضى .

وبالنسبة للاتينيين سكان المستعمرات التى أنشأتها روما بعد سنة ٢٦٧ قبل الميلاد ، فهؤلاء كانوا فى مرتبة أدنى من الفريق الأول ، ففضلا عن حرمانهم من الحقوق العامة ، لم يكن لهم حق الزواج بالواطنين ، ولكن كان لهم حق التعامل وحق التقاضى (٢) .

---

(١) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ١٦٦ .

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبدالمنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ص ١٩٧ .

- Bonfante : Histoire du droit romain, Paris 1927, T.I, P. 402-403. =

اكتساب اللاتينى للجنسية الرومانية :

كان اللاتينى يكتسب الجنسية الرومانية إما منحة بنص القانون أو بالتجنس . فالمنحة تكون بانتقال اللاتينى إلى روما بقصد التوطن فيها ، أو بتولى مناصب الحكم فى بلدة ، أو بالتبليغ عن حاكم رومانى مرتش والوصول إلى إدانته . والتجنس يكون فرديا بقيد اللاتينى فى قوائم التعداد ، أو يكون جملة لسكان بعض المدن بقرار من مجلس الشعب ٠

وقد منحت الجنسية الرومانية بمقتضى قانون جوليا الصادر عام ٩٠ ق .م. لجميع اللاتينيين من سكان إيطاليا ، فاختفت بذلك طبقة اللاتينيين القدماء ولم يبق من طبقة اللاتينيين سوى سكان المستعمرات اللاتينية الكائنة خارج إيطاليا . ولم يشر دستور كراكلا الصادر عام ٢١٢ الذى منح الجنسية الرومانية لغير الرومان من سكان الإمبراطورية إلى هؤلاء ، بما يحمل على الاعتقاد بزوال هذه الطبقة قبل ذلك نتيجة لاستمرار تجنسهم بالجنسية الرومانية . على أنه يبقى بعد دستور كراكلا من اللاتينيين من غير الأحرار الأصلاء ، اللاتينيون الجونيون أو عتقاء قانون (جوليا نوربانا Junia Norbana) حيث لم تمنح الجنسية الرومانية لهؤلاء إلا فى عهد جستنيان (١) ٠

جـ - الأجانب :

يوجد بجانب الرومانيين واللاتينيين فريق ثالث من الأشخاص يسمون فى الأصل " Hostes " أى الأعداء ، وهم عبارة عن سكان البلاد المجاورة لروما . وعندما إرتبطت روما مع المدن المجاورة بمعاهدات دولية تضمن لرعايا هذه المدن بعض الحقوق وتعترف لهم ببعض الضمانات فى علاقاتهم مع الرومان أصبح يطلق عليهم لفظ " Peregrinus " (٢) ، وعندما أخضعت روما معظم شعوب البحر المتوسط لسلطتها تغير مدلول اللفظ وأصبح ينصرف إلى سكان الدولة الرومانية فيما عدا المواطنين واللاتينيين ٠ فالأجانب هم سكان البلاد التى تتكون منها الدولة الرومانية

-Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1945, P. 232.
- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 120.

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ١٧٢ ٠

(2) Cuq : Manuel des institutiona juridiques des romains, Paris 1928, P. 92.
- Huveline : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, T. I, P. 224 et s.

نفسها . وهم يختلفون عن سكان البلاد المجاورة للدولة الرومانية الذين كان يطلق عليهم البرابرة " Barbari " فبينما كان الأجانب يتمتعون داخل الدولة الرومانية بمركز قانونى معين ، لم يكن يعترف للبرابرة بأى حق فى ظل القانون الرومانى (١) •

ويعتبر من الأجانب أيضا ، الوطنيون الذين فقدوا صفتهم الوطنية مع احتفاظهم بصفة الحرية نتيجة للحكم عليهم ببعض العقوبات الجسيمة مثل عقوبة الأشغال الشاقة أو النفى أو نتيجة لتجنسهم بجنسية أخرى (٢) •

المركز القانونى للأجانب :

فى بادىء الأمر كان الأجنبى يعتبر عدوا يحل الإعتداء على شخصه وماله . وخلال العصر الجمهورى ظفر الأجانب بحماية القانون وأنشىء لهم قانون الشعوب ، غير أن مركز الأجنبى يختلف تبعا للطائفة التى ينتمى إليها ، فهم ينقسمون إلى طائفتين : أجانب عاديون ، وأجانب مستسلمون . وتشمل طائفة الأجانب العاديين الأجانب الذين خضعوا لروما وارتبطوا بها بمعاهدات ، بشرط أن يكونوا قبل خضوعهم لها يعيشون فى ظل نظام المدينة من الناحية السياسية ، ولذلك يعتبرون حلفاء لروما . أما الأجانب المستسلمون فهم الذين خضعوا لروما عنوة واستسلموا لها فى الحروب ، وكذلك الأجانب الذين ارتبطو بروما بمعاهدات وكانوا يعيشون قبل خضوعهم لها فى ظل نظام سياسى غير نظام المدينة ، ولذلك يعتبرون تابعين لروما . وكلا النوعين من الأجانب لا يفيد من نظم القانون المدنى الرومانى سواء نظم القانون العام أم نظم القانون الخاص ، ولكنهم يخضعون فى معاملاتهم مع الرومان لنظم قانون الشعوب . أما فى معاملاتهم مع بعضهم ففضلا عن قانون الشعوب سمح الرومان للأجانب العاديين باستبقاء نظمهم المحلية وقوانينهم على عكس حالة الأجانب المستسلمين فلا يجوز لهم التعامل طبقا لنظمهم المحلية إلا بالقدر الذى يسمح به الوالى الرومانى (٣) •

---

(١) دكتور / محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٦ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ٨٦ •

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر : القانون الرومانى ، ص ٣١ •

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٠١ •

والأجانب من كلا النوعين لا يتمتعون بأى حق من حقوق القانون العام فى روما ، ولكن الأجانب العاديين يتمتعون بقدر من الحقوق السياسة فى بلادهم تبعا لمدى ارتباطهم بروما ، خلافا للأجانب المستسلمين الذين لا يتمتعون بأى نصيب منها (١) ٠

اكتساب الأجنبى للجنسية الرومانية :

يكتسب الأجنبى الجنسية الرومانية إما منحة من القانون ، وإما بطريق التجنس ٠

فينص القانون فى بعض الأحوال على منح الجنسية الرومانية للأجنبى متى توافرت شروط معينة . مثال ذلك ما نص عليه قانون أشيليا (lex Acilia) الصادر حوالى عام ١٢٣ أو ١٢٢ ق .م من منح الجنسية الرومانية للأجنبى الذى يفلح فى الوصول إلى إدانة أحد الحكام بتحصيل غرامات أو أموال أميرية زيادة عن المستحق منها . ومنها كذلك النص على منح الجنسية الرومانية للأجنبى بمجرد انتقاله إلى روما وإقامته بها (٢) ٠

كذلك يكتسب الأجنبى الجنسية الرومانية بطريق التجنس ، ويختلف حكم التجنس عن حكم الحالة السابقة فى أن الأجنبى لا يكتسب الجنسية الرومانية بنص القانون وبمجرد توافر الشروط المنصوص عليها فيه مقدما ، ولكن يكتسب هذه الجنسية كمنحة من الشعب أو من بعض نوابه بتفويض منه كالقواد المنتصرين فى عصر الجمهورية ومن بعدهم الأباطرة (٣) . وقد يكون أثر التجنس مقصورا على فرد معين أو شاملا لجماعة أو لسكان مدينة بأسرها ، فمن القوانين العامة فى هذا الخصوص قانون جوليا الصادر عام ٩٠ ق.م والذى منح الجنسية الرومانية لجميع اللاتينيين من سكان إيطاليا ، ومنها أيضا قانون الإمبراطور كراكلا الصادر عام ٢١٢ والذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الإمبراطورية الرومانية الأحرار الأصلاء (٤) ٠

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٣٢ ٠

(2) Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1945, T.I, P. 232.

(3) Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 36.

(٤) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٢٠٠ - ٢٠١ ٠

ثالثا : الحالـة العائليـة :

لا يكفى لثبوت الشخصية القانونية أن يكون الشخص مواطنا رومانيا حرا ، بل يجـب أيضا أن يكون مستقلا بحقوقه ، أى متمتعا بصفة رب الأسرة ، الأمر الـذى ترتب عليـه حرمان الخاضعين لسلطة رب الأسـرة مـن التمتـع بالشـخصية القانونيـة . غـير أن تطـور المجتمع الرومانى أدى إلى منح الخاضعين لسلطة رب الأسـرة شـخصية قانونيـة محـدودة . ولذلك يجـب التمييز بـين المركـز القـانونى لـرب الأسـرة والمركـز القـانونى للأشـخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة (١) ·

أ – مصادر السلطة الأبويـة :

يقصد بمصادر السلطة الأبوية ، أسباب اكتساب هذه السلطة . وهى ثلاثـة مصـادر : ١– الـولادة مـن زواج شـرعى . ٢– التبنـى ، حيـث تكتسـب السـلطة الأبويـة بتبنـى شخص أجنبـى عـن الأسـرة ، سـواء كـان خاضعـا لسـلطة غـيره – وهـو التبنـى بـالمعنى الصحيح – أو مستقلا بحقوقه (٢) . ٣– وأخيرا تكتسـب السـلطة الأبويـة بمنـح البنـوة الشرعية للولد الناتج من معاشرة غير شرعية أو ما يطلق عليه تصحيح النسب (٣) ·

ب – المركز القانونى لرب الأسرة :

لا تثبـت صفـة رب الأسـرة فـى القـانون الرومـانى إلا للذكـور وحدهـم ، فالإنـاث المستقلات بحقوقهـن لا يكتسبن وصـف رب الأسرة . ومن الأصول المقررة فى القانون

---

(١) الأسرة عند الرومان لها مدلول قانونى فنى ، هو الوحدة القانونية والدينية والاقتصاديـة التـى تضـم مجموعة من الأفراد – وما يحوزونه من أموال – يشتركون فى لخضوع لسـلطة واحـدة هـى سـلطة رب الأسرة حتى ولو كانوا لا يقيمون تحت سقف واحد . وهؤلاء الأفراد يعتبرون أقارب لبعضهم البعض الآخر طالما أنهم يشتركون فى الخضوع لسلطة رب الأسرة . ومن الواضح أن تعبير الأسرة لا ينصرف فقط إلى الأشخاص المكونين للأسرة ، بل ينصرف أيضا إلى مجموعـة الحقـوق والأمـوال أى الذمة المالية ،وعلىذلك فالأسرة هى مجموعة من الأشخاص والأموال والحقوق يتزعمها شخص واحد هو رب الأسرة.دكتور/صوفىأبو طالب:تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٠٢ ·

(٢) انظر فى تفصيلات نظام التبنى :

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 186 et s.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 265 et s.

(٣) انظر فى تفصيلات نظام تصحيح النسب :

- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romans, Paris 1928, P. 203 et s.

الرومانى أن الشخصية القانونية تثبت لرب الأسرة دون غيره من الخاضعين لسلطته فهو الممثل الوحيد للأسرة فى علاقاتها مع الغير ، والقانون لا يعتد إلا بإرادته هو وحده دون باقى أعضاء أسرته . والسلطة الأبوية سلطة دائمة مدى حياة رب الأسرة ما دام لم يوجد سبب من أسباب انتهائها . ويترتب على ذلك أن رب الأسرة يمارس سلطاته على الأشخاص الخاضعين له مهما بلغت سن هؤلاء وأيا كانت المناصب التى يصلون إليها وكذلك على ما يحوزونه من أموال . بالإضافة إلى ذلك فإن سلطة رب الأسرة سلطة مطلقة لا يقيدها قيد فى القانون القديم ، حيث تصل إلى حد حق الحياة والموت ، غير أنها بدأت تخف بالتدريج منذ العصر العلمى (١) .

جـ - المركز القانونى للخاضعين لسلطة رب الأسرة :

كان القانون القديم لا يعترف للخاضعين لسلطة رب الأسرة بالشخصية القانونية ، مثلهم فى ذلك مثل الرقيق برغم أنهم يدخلون فى عداد الأشخاص لا الأشياء على خلاف الرقيق . فلرب الأسرة عليهم سلطات مطلقة تمتد إلى أرواحهم وأموالهم ، فليست لهم حقوق مالية لأن القانون لا يعترف لهم بذمة مالية مستقلة عن رب الأسرة فكل ما يكسبونه من أموال يؤول بقوة القانون إلى رب الأسرة . وليس لهم حق التقاضى سواء فى مواجهة الأسرة أم فى مواجهة الغير . وليست لهم أهلية إبرام التصرفات القانونية ، غير أن القانون إعتبرهم أداة فى يد رب الأسرة لكسب الحقوق دون الإلتزامات (٢) . وليست لأشخاصهم حرمة ولا يلتزم رب الأسرة فى مواجهتهم بأى التزام ، وله حق الإعتراف ببنوتهم أو إنكارها ونبذهم ، وله بيعهم خارج روما كرقيق ، وله أن يزوجهم رغما عنهم سواء فى ذلك الإبن أو البنت ولا يستطيعون الزواج دون موافقته ، وله أن يحرمهم من الإرث . وإذا خرج أحدهم من سلطته دون موافقته له أن يعيده إلى سلطته بدعوى الاسترداد ، وهى ذات الدعوى التى تحمى حق ملكيته على الأشياء المملوكة له وعلى رقيقه . بيد أن القانون الرومانى قد اعترف للذكور الخاضعين

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٠٥ .

(2) Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1938, P. 218.

لسلطة رب الأسرة – على سبيل الاستثناء – بشخصية قانونية كاملة في مجال القانون العام ، مثل حق تولى المناصب العامة ، والانضمام إلى المجالس الشعبية والتصويت فيها (١) .

وقد أدت التطورات التى شهدتها روما إلى أن اعترف القانون لهم بحقوق مالية فضلا عن حقوق تتعلق بأشخاصهم ، بيد أن التمييز ظل قائما بين الذكور والإناث فى مدى ما يتمتع به الخاضعون لسلطة رب الأسرة من حقوق مالية حتى عهد جستنيان .

فبالنسبة للحقوق المتعلقة بأشخاصهم ، تقررت على مر العصور عدة حقوق للخاضعين لسلطة رب الأسرة . دون تفرقة بين الذكور والإناث – فى مواجهة رب الأسرة أهمها : حرم على رب الأسرة منذ العصر العلمى بيع أولاده واستثنى من ذلك حالة إرتكاب الولد لجريمة فرب الأسرة بالخيار بين دفع الغرامة المقررة قانونا أو تسليمه للمجنى عليه . غير أن الظروف الاقتصادية العسيرة التى مر بها المجتمع الرومانى فى العصر البيزنطى أدت إلى السماح لرب الأسرة ببيع أولاده ، وفى هذه الحالة لا يصبح هؤلاء رقيقا بل يظلون محتفظين بحريتهم من الناحية القانونية . وحرم رب الأسرة منذ بداية العصر الإمبراطورى من تزويج الخاضعين لسلطته جبرا عنهم (٢) . وحرم عليه منذ القرن الثالث الميلادى ترك أولاده ونبذهم . وفى هذا القرن أيضا تقرر حرمان رب الأسرة من حقه فى حرمان أولاده بصفة مطلقة من الإرث ، وتقرر أيضا للخاضعين لسلطته بعض الحقوق المالية فى مواجهته مثل الإلتزام بالنفقة ومنح البنت دوطة عند زواجها ، وتقرر لهم أيضا حق التظلم أمام القضاء إذا ما تعسف رب الأسرة فى استعمال سلطته . ومنذ العصر البيزنطى لم يعد لرب الأسرة حق الحياة والموت لأن هذا الحق تحول إلى مجرد حق تأديب (٣) . ومن ناحية أخرى اعترف القانون للقرابة الطبيعية ببعض الآثار منذ العصر الإمبراطورى ، منها حق الأولاد فى الإرث من أمهم سواء فى

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٠٦ .

(2) Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 254.

(3) Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 152.

- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, P. 136.

ذلك الولد الشرعى أم الولد الطبيعى ، بل وتقرر لهذا الأخير حق نفقه في مواجهة أمه وأصولها . وفى عصر جستنيان ألغيت القرابة المدنية وحلت محلها القرابة الطبيعية (١) •

وبالنسبة للحقوق المالية ، اعترف القانون – منذ العصر العلمى – للخاضعين لسلطة رب الأسرة بشخصية قانونية مقيدة فى مجال الحقوق المالية غير أن المركز القانونى فى هذا بصدد اختلف بالنسبة للذكور عنه بالنسبة للإناث •

فبالنسبة للحقوق المالية لابن الأسرة ، اعترف البريتور بالنيابة التعاقديةفى التصرفات التى يجريها ابن الأسرة بتكليف وتفويض من رب الأسرة فألزم الأخير بالالتزامات بحيث لا يقتصر الأمر على كسب الحقوق . واعترف فقهاء العصر العلمى لابن الأسرة بذمة مالية مستقلة عن رب الأسرة ، ونتيجة لذلك أصبح ابن الأسرة أهلا لإبرام التصرفات القانونية لحساب نفسه فإذا ما تولد عنها التزامات وجب عليه الوفاء بها لأن هذه الالتزامات تعتبر مدنية (٢) ، مثلها فى ذلك مثل التزامات رب الأسرة ، وهى بذلك تختلف عن الالتزامات التعاقدية التى يجريها الرقيق لحساب نفسه فهى تعتبر التزامات طبيعية ، وذلك بالإضافة إلى أهلية الالتزام الجنائى . غير أن الاعتراف لابن الأسرة بأهلية التعاقد كان عديم الأثر من الناحية العملية حال حياة رب الأسرة لأن القاعدة العامة كانت تقضى بأن كل ما يؤول إلى ابن الأسرة من حقوق يؤول بقوة القانون إلى رب الأسرة ومن ثم لا يظهر أثر الاعتراف لابن الأسرة بأهلية عقد الديون إلا بعد وفاة رب الأسرة حينما يرث الإبن مالا يستطيع الدائن التنفيذ عليه . ومنذ العصر الإمبراطورى أصبح يجوز للإبن – استثناء من القاعدة العامة – أن يمتلك مالا مستقلا عن رب الأسرة ويطلق على هذا المال تعبير " الحوزات " (٣) ، ولذلك كان يجوز لدائن الإبن

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٠٧ •

(2) Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 151 - 154.
- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, P. 141.

(٣) جرى العمل على أن يمنح الأب لإبنه قدرا من المال يسمى " حوزة الولد " ، وللأخير حق استثمارها ولكنها تعتبر ملكا لرب الأسرة ، ولذلك لا يسأل الأخير عن الديون المتعلقة بها إلا فى حدود قيمتها •

=

التنفيذ على هذه الحوزات حال حياة رب الأسـرة ، إلا أنـه صـدرت توصيـة مـن مجلـس الشيوخ تسمى التوصية المقدونية بين عامى ٦٩ و ٧٩ ميلادية تحـرم علـى الغـير إقـراض ابن الأسرة وبذلك حدت هذه التوصية من أهليتـه .

وبالنسبة للحقوق المالية لبنت الأسرة ، ظلت النساء خاضعات لـرب الأسـرة - بنـت أو زوجة - غير متمتعـة بأهليـة التعاقد ، وحتى فى الحالات التى يمنح فيها رب الأسـرة لا بنته مالا لاستثماره ، فإن الدائن الذى تعاقد معها فى خصوص هـذا المـال لا يستطيع أن يرفع الدعوى ضدها بل يرفعها ضد رب الأسرة الـذى يسـأل عـن هـذه الديـون فـى حدود قيمة هذا المال (١) . كذلك لم يسـمح القـانون الرومـانى بتطبيـق نظـام الحـوزات الثـلاث علـى البنـت . وعـدم الاعـتراف للمـرأة بالشـخصية القانونيـة ، ومـن ثـم عـدم الاعتراف لها بأهلية التعاقد ، يتمشى مع روح القـانون الرومـانى الـذى كـان يعتـبر كـل النساء ، حتى المستقلات بحقوقهن ، عديمات الأهليـة . ولذلـك أخضـع القـانون النسـاء المستقلات بحقوقهن لنظام الوصاية الدائمة فلا تستطيع إبرام معظـم التصرفـات القانونيـة إلا بإذن وصيها حتى ولو جاوزت سن البلوغ بالرغم من أن المرأة المستقلة بحقوقها كانت تتمتع بشخصية قانونية محدودة . وفى العصر البـيزنطى حدثـت تطـورات هامـة أدت إلى تحسن مركز المرأة ، فقد إندثر نظام الزواج مع السيادة وألغى نظام الوصاية الدائمة على النساء وحل محله نظام القوامة على الذكور والإناث حتى بلوغ سن الخامسة والعشرين . فاصبحت المرأة المستقلة بحقوقها فـى عهـد جسـتنيان تتمتـع بشـخصية قانونيـة كاملـة ولكن العرف ظل يقيد شخصيتها . وقد ظهـر أثر هـذه التطـورات فى خصوص النساء

= وبجانب هذه الحوزة ظهرت حوزات أخرى مملوكة للإبن هـى : الحـوزة الحربيـة ، الحـوزة شـبه الحربية ، والحوزة الخارجية . انظر فى تفصيلات هذه الحوزات : دكتور / توفيـق حسـن فـرج : القانون الرومانى ، ص ١٧٤ وما بعدها .

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 256 et s.
- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1938, P. 219 - 222.

(١) وذلك على خلاف ابن الأسرة حيث كان للدائن أن يرفع الدعوى ضده وله أيضا أن يرفعها ضد رب الأسرة فى حدود قيمة الحوزة ، أى يصبح للدائن مدينين : الابن ورب الأسرة .

الخاضعات لسلطة رب الأسرة ، فقد اعترف لبنت الأسرة بأهلية التعاقد – مثل الإبن – منذ العصر البيزنطى واعترف لها أيضا بحق تملك الأموال ملكية خاصة ومستقلة عن رب الأسرة ، فقد اعترف لها القانون بحوزة خارجية ، وبذلك أصبح لبنت الأسرة ذمة مالية مستقلة (١) .

د – إنقضاء السلطة الأبوية :

تبقى السلطة الأبوية – كقاعدة عامة – ما دام رب الأسرة حيا ، إذ هى مقررة لمصلحة الأسرة ورئيس العائلة لا لحماية الإبن . إلا أنها قد تزول لأحد لأسباب الآتية : وفاة الإبن ، موت الأب أو فقده الحرية أو الجنسية أو صيرورته تابعا لغيره بالتبنى مثلا ، منحة قانونية للإبن إذا رفع إلى مناصب معينة كمنصب كاهن فى العهد الوثنى أو أسقف فى العهد المسيحى أو منصب قنصل أو قائد (٢) ، عدم جدارة الأب للاحتفاظ بالسلطة الأبوية بسبب تركه طفله ونبذه أو بسبب تحريض ابنته على الفسق والفجور أو بسبب عقده على أحد المحارم . ويترتب على الأسباب السابقة انقضاء السلطة الأبوية دون خروج الإبن من الأسرة ، أى دون انقطاع صلة القرابة المدنية . وتنقضى السلطة كذلك بالتحرير (٣) .

المطلب الثانى
بدء الشخصية القانونية وانتهاؤها

أولا : بدء الشخصية القانونية :

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعى تبدأ بالولادة ، بيد أنها لا تثبت إلا لمن اكتملت له عناصرها الثلاث (الحرية والجنسية الرومانية والصفة العائليه) . ولا تكفى واقعة الولادة وحدها لثبوت الشخصية القانونية

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤٠٩ .

(2) May (G.) : Elements de droit romain, Paris 1907, P. 55.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 272.

(٣) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٢٢٨ .

للمولود ، بل يشترط أن يولد حيا ، ويكفى أن يصدر عن المولود ما يدل على حياته كالتنفس أو الحركة ولو توفى بعد ولادته حيا بلحظات (١) . ويشترط القانون الرومانى كذلك أن يكون المولود قابلا للحياة ، ولذلك يستبعد من يولد لأقل من ستة أشهر أو من ينفصل عن أمه بسبب الإجهاض . كما يشترط أن يولد فى صورة إنسان ، فيستبعد الأمساخ البشرية •

وقد خرج القانون الرومانى على هذه القاعدة ، واعترف بالشخصية القانونية – على سبيل الاستثناء – للجنين إن كان ذلك فى مصلحته . فاعترف له بصلاحيته لاكتساب حق الإرث من مورثه إن مات هذا الأخير بعد الحمل وقبل الولادة ، وأخذا بالحكمة التى قام عليها هذا الاستثناء يعتبر الولد حرا ولو كانت أمه جارية وقت ولادته إذا كانت هذه الأم قد اكتسبت صفة الحرية ولو لفترة وجيزة أثناء الحمل به ، لأن ذلك فى مصلحته (٢) •

ثانيا : انتهاء الشخصية القانونية :

القاعدة العامة فى القانون الرومانى أن شخصية الإنسان تنتهى بوفاته ، ويحق لكل من له مصلحة فى الوفاة أن ثبتها (٣) .

وقد خرج القانون الرومانى على هذه القاعدة – على سبيل الاستثناء – فقرر امتداد الشخصية القانونية لما بعد الوفاة ، كما فى حالة التركة الشاغرة ، وكذلك قد تنقضى الشخصية القانونية للشخص قبل الوفاة ، كما فى حالة الموت المدنى •

---

(١) هذه هى القاعدة التى أخذ بها فقهاء المدرسة البروكيلية ، وهى التى سادت فى قانون جستنيان . أما فقهاء المدرسة السابينية فكانوا يشترطون لاعتبار المولد حيا أن يصرخ •

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٠ •

(٣) نظم فقهاء العصر العلمى حالة وفاة بعض الأقارب الذين لهم حق الإرث فيما بينهم ، فقرروا اعتبارهم أمواتا فى وقت واحد ، ومن ثم لا يرثون بعضهم البعض الآخر . أما قانون جستنيان فقد نظم حالة وفاة الولد والأب معا فى كارثة وتعذر معرفة من منهما قد توفى قبل الآخر ، فاعتبر الولد قد مات قبل أبيه أن كان الولد لم يصل إلى سن البلوغ ، ويعتبر أن الأب قد مات قبل ولده إن كان هذا الأخير بالغا •

أ - التركة الشاغرة :

القاعدة العامة فى القانون الرومانىأن الوارث كان بالخيار بين قبول التركة أو رفضها. وكانت التركة فى الفترة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها تسمى بالتركة الشاغرة ، لأنه لا مالك لها حيث أن مالكها الأصيل قد مات وأن الخلف لم يحدد موقفه منها قبولا أو رفضا (١) . وكان يترتب على ذلك صعوبات عديدة من الوجهة العملية استعان الفقهاء بالافتراض لتلافيها (٢) . وأهم الحول التى تم افتراضها فى هذا الصدد هو الحل الذى اقترحه الفقيه " جوليانوس " والذى مؤداه افتراض أن المورث حيا ومن ثم تستمر ملكيته للتركة حتى تاريخ قبول الوراث لها (٣) . ولا يخفى ما فى هذا الافتراض الأخير من مخالفة للحقيقة التى تقضى بانتهاء الشخصية القانونية للشخص بمجرد وفاته (٤) .

ب - الموت المدنى :

الموت المدنى نظام رومانى بحت لا يوجد له مثيل فى القوانين القديمة ، وهو نتيجة حتمية للفكرة الأساسية التى قامت عليها الشخصية فى القانون الرومانى ، فهى لا توجد لدى الإنسان إلا باجتماع عناصرها الثلاث " الحرية والجنسية الرومانية والصفة العائلية " ، فإذا فقد الشخص عنصرا من عناصرها انعدمت تبعا لذلك شخصيته ، لأن الشخصية لا تتم إلا باجتماع عناصرها الثلاثة (٥) . ويترتب على ذلك آثار شبيهة بالموت الطبيعى رغم بقاء الإنسان على قيد الحياة .

---

(١) دكتور / هشام على صادق ، دكتور / عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٧٨ ، الناشر الدار الجامعية ، ص ٢٤٢ .

(٢) للمزيد حول موضوع " الافتراض القانونى " انظر بحثنا : الافتراض القانونى بين النظرية والتطبيق ، بحث منشور بالمجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا ، العدد الثالث عشر ، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٢٨ .

(٤) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ص ٣٢٠ .

(٥) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، ص ٢٢٥ .

وقد قسم الفقهاء الرومان حالات الموت المدنى إلى درجات ثلاث : ١- الموت المدنى من الدرجة القصوى : وهى الحالة التى يفقد فيها الإنسان صفة الحرية بأن أصبح رقيقا ، ذلك أن فقدان الحرية يستتبع بالضرورة فقدان الجنسية الرومانية والصفة العائلية . ٢- الموت المدنى من الدرجة الوسطى : وهى الحالة التى يفقد فيها جنسيته الرومانية مع احتفاظه بحريته كمن يتجنس بجنسية دولة أجنبية ، وهى تستتبع فقدان الصفة العائلية غير أنه يظل متمتعا بصفة الحرية . ٣- حالة الموت المدنى فى درجته الدنيا : وهى الحالة التى يحدث فيها تغيير فى الصفة العائلية ، وفى هذه الحالة يظل محتفظا بحريته وجنسيته الرومانية ، ومثال ذلك حالة تحول الشخص من مستقل بحقوقه إلى خاضع لسلطة غيره نتيجة تبنى رب أسرة له (١) .

ويترتب على الموت المدنى أثر هام هو انقضاء الشخصية القانونية المقررة فى القانون المدنى الرومانى . وتطبيقا لذلك يترتب على الموت المدنى أيا كانت درجته آثار فى خصوص الحقوق المتعلقة بالشخص والحقوق المالية (٢) .

فالحقوق المتعلقة بالشخص – والمقررة فى القانون المدنى – تسقط بالموت المدنى ، فتنقطع رابطة القرابة المدنية وما ترتب عليها من آثار ، فيسقط حقه فى الإرث وتنقضى

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٠ .

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك الموضوع :

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1934, P. 212 - 213.
- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 211 - 214.
- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1938, P. 306 - 308.

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد ، أن الموت المدنى لا يمس الآثار التى تترتب على وجود الشخص من الناحية المادية ، كحقوق القانون الطبيعى أو قانون الشعوب . ولذلك يكتسب من مات موتا مدنيا شخصية قانونية جديدة طبقا لأحكام القانون الطبيعى إذا فقد صفة الحرية وأصبح رقيقا ، لأن القانون الطبيعى لا يفرق بين الأحرار والأرقاء . ويكتسب من فقد صفة الجنسية الرومانية دون صفة الحرية شخصية قانونية جديدة طبقا لأحكام قانون الشعوب ، لأن هذا القانون يعترف للأجنبى بشخصية قانونية . بل ويكتسب شخصية قانونية جديدة طبقا لأحكام القانون المدنى نفسه إذا تغير الوضع العائلى للشخص كأن أصبح مستقلا بحقوقه .
دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٥٢ .

السلطة الأبوية والسلطة الزوجية . ولا أثر للموت المدنى على حقوق القانون الطبيعى وقانون الشعوب ، وما تتضمنه من آثار ، فالقرابة الطبيعية وآثارها القانونية كالإرث والوصاية تظل قائمة . وكذلك الحال بالنسبة لنظم قانون الشعوب ، وتطبيقا لهذا المبدأ يظل ملتزما بالغرامة الجنائية لأنها فى أصلها فدية لجسده وهو مازال باقيا رغم الموت المدنى .

أما بالنسبة للحقوق المالية ، فالأصل أن الموت المدنى يترتب عليه انتقال الجانب الإيجابى من ذمة من مات مدنيا إلى من كان سببا فى موته (كالمتبنى بالنسبة لمن تبناه ، والدولة إذا كانت هى التى أسقطت عنه الجنسية الرومانية أو وقعت عليه عقوبة الرق) . أما الجانب السلبى من الذمة المالية فإنه ينقضى بحدوث الموت المدنى ، وعلى ذلك تسقط الإلتزامات والديون التعاقدية التى كان يتحمل بها من مات موتا مدينا ، وتتحول إلى التزامات طبيعية وذلك على خلاف الالتزامات الجنائية حيث تظل باقية . أما حقوقه فتظل قائمة ، ولكنها تؤول إلى من تسبب فى موته مدنيا . غير أن البريتور تدخل لمعالجة هذه المغايرة فى أحكام الموت المدنى ، فطبق قاعدة " لا تركه إلا بعد سداد الديون " ، فألزم من يخلف الميت موتا مدنيا بسداد ما على هذا الميت من ديون فى حدود قيمة ما آل إليه من حقوق (١) .

وفى عهد جستنيان أصبح نطاق الموت المدنى ضيقا للغاية ولم يعد له أهمية عملية ، فحالات الموت المدنىمن الدرجتين القصوىوالوسطى أصبحت نادرة الحدوث وإن بقيت آثارها محكومة بنفس القواعد السابقة . أما الموت المدنى من الدرجة الدنيا فقد فقد آثاره بالنسبة لحقوق الأشخاص نتيجة لحلول القرابة الطبيعية محل القرابة المدنية ، فلا يترتب عليه خروج الميت المدنى عن أسرته وانفصاله عن عصبته وغير ذلك من الآثار التى كانت تترتب قديما ، بل هو يؤدى فقط إن كان للميت المدنى عبد معتق إلى فقد حقوق الولاية التى تربط هذا السيد بعتيقه . وفيما يتعلق بالحقوق المالية تعدلت آثاره نتيجة للاعتراف للخاضعين لرب الأسرة بذمة مالية ، فأموال المستقل بحقوقه إذا ما أصبح خاضعا لسلطة

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١١ .

غيره تبقى مملوكه له وتخضع لنظام الحوزات ، ومن كان خاضعا لسلطة غيره وأصبح مستقلا بحقوقه يأخذ معه حوزاته وتصبح ملكيته عليها ملكية كاملة . كما أصبح الموت المدنى لا يؤدى إلى إسقاط حق الانتفاع وحق الاستعمال وغير ذلك من الحقوق التى كانت تسقط قديما ، وإنما يؤدى فقط إلى إسقاط الحقوق الناشئة عن عقد الوكالة . وبذلك أصبحت نتائج الموت المدنى بدرجته الصغرى معدومة تقريبا فى عهد جستنيان(١) .

المطلب الثالث
أهليـــة الأداء

أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

الأهلية عبارة عن صفة تلحق الشخص ، فيتحدد على أساسها مركزه بالنسبة لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات (٢). ويقصد بالأهلية أحد ومعنيين : قابلية الشخص لأن يكتسب حقا أو يتحمل التزام ، وصلاحيته لأن يباشر التصرفات القانونية التى تكسبة حقا أو تحمله بالتزام . والأهلية على المعنى الأول توصف بأنها أهلية وجوب " capacitè de joussance " أو الأهلية القانونية " capacitè de droit " ، وعلى المعنى الثانى توصف بأنها أهلية أداء " capacitè d'exercice " أو الأهلية الفعلية " capacitè de fait " . وقد تتوافر لدى الإنسان أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون أهلا قانونا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات غير أهل فعلا لمباشرة حقوقه وأداء واجباته . وذلك لأن الأهلية القانونية تتوافر لدى الإنسان فى القانون الرومانى باجتماع عناصر الشخصية الثلاث (٣) ، ومن هنا كانت الشخصية القانونية مناط أهلية الوجوب ، بينما الأهلية الفعلية تستلزم صلاحيته للتعبير عن إرادته تعبيرا ينتج أثرا قانونيا ، وهذا التعبير يقتضى بالضرورة تحقيق قدر من التمييز حتى يستطيع من عبر عن

---

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٣٠ .
دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٥٤ .

(٢) دكتور / أحمد سلامه : المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثانى ،مقدمة القانون المدنى ، ص ٥٠ .

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٣٣٢ .

إرادته أن يدرك نتائج العمل الذى انصرفت إليه إرادته . ومن هنا كان التمييز هو مناط أهلية الأداء (١) ٠

ويترتب على التفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، أن الأخيرة لا تثبت للشخص إلا إذا ثبتت لديه الأولى ، ولذلك لا محل للكلام عن أهلية الأداء بالنسبة للأرقاء والأجانب والخاضعين لسلطة رب الأسرة . وعلى العكس من ذلك ، تثبت أهلية الوجوب للشخص ولو كان عديم أهلية الأداء كالصغير . وعلاوة على ذلك فإن حالة انعدام أهلية الوجوب لا علاج لها ، على عكس حال انعدام أو نقصان أهلية الأداء فإنه يمكن علاجها عن طريق تعيين نائب يباشر حقوق عديم أهلية الأداء أو ناقصها ، وهذا سبب وجود نظامى الوصاية والقوامة على عديمى وناقصى أهلية الأداء (٢) ٠

تدرج أهلية الأداء :

لما كان التمييز هو مناط أهلية الأداء ، فإنها تتدرج من الانعدام إلى النقصان إلى الكمال تبعا لحالة التمييز . وانعدام التمييز أو نقصانه يرجع إلى الأسباب الآتية :

١- السن :

تختلف درجة التمييز لدى الشخص تبعا لسنه ، والقانون الرومانى يميز فى هذا الصدد بين مراحل ثلاث فى عمر الإنسان : أ - فالطفل وهو من لا يحسن التعبير عن إرادته ولا يدرك معنى هذا التعبير يعتبر عديم التمييز (٣) ، وقد اعتبر طفلا طبقا لقانون جستنيان كل من كان دون السابعة (٤) ، فهو وإن كان متمتعا بأهلية الوجوب إلا أنه

---

(1) Robert Villers : Rome et le droit privè, Paris 1982, P. 47.

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٢ ٠

(٣) ويذهب أستاذنا الدكتور / صوفى أبو طالب فى هذا الصدد إلى أن هذا التعريف للصبى غير المميز لم يظهر إلا حينما ظهرت التصرفات غير اللفظية ، أما قبل ظهور تلك التصرفات فقد كان معنى الطفل ينصرف إلى من لا يحسن الكلام بعد ومن ثم يستحيل عليه المشاركة فى أى تصرف قانونى ، حيث أن هذه التصرفات كانت كلها تصرفات لفظية فى القانون القديم . انظر مؤلف سيادته : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٣ ٠

(٤) كان فقهاء العصر العلمى لا يحددون سنا معينة تنتهى عندها مرحلة الطفولة ، بل كانوا يبحثون كل حالة على حدة ٠

عديم أهلية الأداء . ب - والصبى المميز هو من بلغ سن السابعة - فجاوز بذلك دور الطفولة - ولم يصل بعد إلى سن البلوغ ، وتنتهى هذه المرحلة وتبدأ مرحلة البلوغ عند فقهاء المدرسة السابينية بظهور علامات البلوغ الطبيعى ، أما فقهاء المدرسة البروكيلية فقد قرروا أنها تنتهى بالنسبة للذكور متى أتموا سنتهم الرابعة عشرة وبالنسبة للإناث متى أتممن الثانية عشرة ، وقد أخذ جستنيان برأى البروكيليين (١) . والصبى المميز يعتبر ناقص أهلية الأداء ، ويخضعه القانون لنظام الوصاية حتى بلوغ سن الرشد وحينئذ تكتمل أهليته وتنفك عنه الوصاية . ومنذ العصر البيزنطى ظهر نظام القوامة على القاصر عن سن ٢٥ سنة ، وهو امتداد لنظام الوصاية ، فمن بلغ سن البلوغ تنفك عنه الوصاية ولكنه يظل ناقص الأهلية فيخضع للقوامة حتىبلوغ سن ٢٥ سنة ، وحينئذ تكتمل أهليته وتنفك عنه القوامة . جـ - وإذا ما وصل الشخص لسن البلوغ فى العصر العلمى أو سن الخامسة والعشرين فى العصر البيزنطى أصبح كامل الأهلية (٢) .

٢- الجنس :

كانت النساء - المستقلات بحقوقهن - عديمات الأهلية حتى سن السابعة ، ناقصات الأهلية حتى سن البلوغ . ولكنهن لا يكتسبن أهلية الأداء الكاملة ببلوغهن سن البلوغ ، بل كن - خلافا للذكور - يخضعن لنظام الوصاية الدائمة ، ولذلك كانت المرأة فى القانون الرومانى ناقصة الأهلية فى العصر العلمى . أما فى العصر البيزنطى فقد استحدث نظام القوامة على الذكور دون الخامسة والعشرين ولم يطبق هذا النظام على النساء اكتفاء بنظام الوصاية الدائمة ، ولما ألغي هذا النظام الأخير فى القرن الخامس الميلادى خضعت النساء لنظام القوامة حتى سن الخامسة والعشرين مثلهن فى ذلك مثل الذكور . وببلوغ هذه السن تصبحن كاملات الأهلية (٣) .

٣ - الجنون :

قد يبلغ الشخص سن الرشد (سن البلوغ فى العصر العلمى أو سن ٢٥ سنة فى

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٥٧ .

(٢) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٤١٣ .

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٤١٣ .

العصر البيزنطى) ولكن عقله قد يصاب بآفـة تعـدم تمييزه ، وهذا هـو الجنـون . وقـد يكون الجنون مطبقا ، أى لا يفيـق منـه المجنـون أبـدا ، وقـد يكـون الجنـون متقطعـا ، أى يتخلله فترات إفاقة . والقانون الرومانى يعتـبر المجنـون عديـم الأهليـة ، ولذلـك لا يعتـد بإرادته ، ويخضعه لنظام القوامة حيث ينصـب عليـه قيـم يتـولى عنـه مباشـرة التصرفـات القانونية وإدارة أمواله .والقانون الرومانى يقرر عدم أهلية المجنون دون حاجة لاستصدار قرار بالحجر عليه ، ويعتبره كامل الأهلية بمجرد زوال حالة الجنون أو توقفها فى فـترات الإفاقة – إن كان الجنون متقطعا – دون حاجة لاستصدار قرار برفع الحجر عنه (١) ٠

٤– السفـــه :

وهى حالة الشخص الذى يبلغ سن الرشد ولكنه لا يحسن إدارة أمواله ، فيبددهـا فـى غير ما يقتضيه العقل . ويعتبر السفيه ناقص الأهلية – مثل الصبى غير المميز – وينصـب له قيما يتولى إدارة أمواله . والقـانون الرومـانى يتطلـب لاعتبـار السـفيه نـاقص الأهليـة صدور قرار بالحجر عليه ، وتكتمل أهليته بصدور قرار بزوال الحجر عنه (٢) ٠

أحكـام الأهليـة :

تنقسم التصرفات القانونية فـى هذا الصدد إلى ثلاثة أنواع : تصرفات نافعة نفعا محضا (مثل قبول الهبة) ، وتصرفات ضارة ضررا محضا (مثل التبرع) ، وتصرفات دائرة بـين النفع والضرر (مثل البيع) (٣) ٠

والأصل أن عديم الأهلية لا يجوز له إبرام التصرفات القانونية بنفسه ، أيا كان نوعهـا ولو كانت نافعة نفعا محضا ، ولا الإشتراك فـى إبرامهـا مع الوصى أو القيم . أما

---

(١) يختلف القانون الرومانى فى هذا الصدد عن القوانين الحديثة ، حيث تستلزم استصدار قرار بالحجر على المجنون أو برفعه عنه.دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٥٨ ٠

(٢) يتشابه حكم القانون الرومانى فـى هـذا الصدد مع ما قررته القوانـين الحديثـة . دكتـور / صوفـى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٤ ٠

(٣) العبرة فى هذا التقسيم بأصل وضع التصرف ، بصرف النظر عـن الظـروف والملابسـات التـى قـد تحيط به فى حالة معينة ، فالبيع أو الإيجار يعتبران من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر حتى ولو كانا نافعين نفعا محضا فى الظروف التى تم فيهما ٠

ناقص الأهلية فله أهلية الاغتناء دون أهلية الافتقار ، فيستطيع بمفرده دون حاجة لإذن وصية مباشرة التصرفات القانونية النافعة نفعا محضا ، أى التى يترتب عليها زيادة فى الجانب الإيجابى للذمة المالية أو انتقاص من الجانب السلبى ، ولكنه لا يستطيع بمفرده إبرام التصرفات الضارة ضررا محضا أو الدائرة بين النفع والضرر ، ففى هذين النوعين الأخيرين من التصرفات القانونية لا تصح تصرفات ناقص الأهلية إلا إذا باشرها بالاشتراك مع وصية أو بعد الحصول على إذنه . وتطبيق هذه القاعدة من الناحية المنطقية البحتة دفع الفقهاء الرومان إلى شطر التصرف القانونى إلى شطرين :شطر نافع وشطر ضار فى حالة ما إذا باشر ناقص الأهلية ذلك التصرف دون اشتراك الوصى أو دون الحصول على إذنه ، ورتبوا على ذلك النتيجة الآتية : يصح التصرف فى شطره النافع لناقص الأهلية ويبطل فى شطره الضاربه . ففى البيع مثلا يصبح دائنا بالثمن ولكنه لا يلتزم بتسليم المبيع ، وإذا قبض دينا له على الغير صح القبض ولكن ذمة المدين لا تبرأ بهذا الوفاء بل يظل مدينا لناقص الأهلية . وتفاديا لهذه النتائج الضارة والظالمة طبق الفقهاء خلال العصر الإمبراطورى مبدأ عام جواز الإثراء على حساب الغير فى التصرفات التى يبرمها ناقص الأهلية بمفرده مع الغير ، فقرروا أن الصبى المميز الذى قبض – دون إذن وصية – دينا له على الغير وعاد عليه هذا القبض بالنفع لا يجوز له أن يطالب به المدين مرة ثانية لأن من حق المدين أن يدفع مطالبته بالدفع بالغش . ومن ناحية أخرى جرى القانون الرومانى فى آخر عصور تطوره على أن الصبى المميز الذى كان طرفا فى عقد من العقود الملزمة للجانبين لا يستطيع مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ما لم يقم هو بتنفيذ ما عليه من التزامات (١) .

نظامى الوصاية والقوامة :

وضع القانون الرومانى لعديمى الأهلية الفعلية – أهلية الأداء – وناقصيها ، المستقلين بحقوقهم ، والعاجزين – بسبب إنعدام أو نقص الأهلية – عن إدارة أموالهم ، نظاما خاصا قصد به تلافى هذا العجز بإيجاد من يتولى إدارة شئونهم حتى توجد بذلك الأهلية

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٥ .

حيث هى معدومة وتكمل حيث هى ناقصة . وهذا النظام يسمى بالوصاية بالنسبة لغير البالغ وللمرأة ، وبالقوامة بالنسبة للمجنون والسفيه ، ثم شملت هذه القوامة فى عصر الإمبراطورية السفلى من لم يبلغ خمسا وعشرين سنة . وقد نص على نظامى الوصاية والقوامة فى قانون الألواح الإثنى عشر ، وتطور هذان النظامان تطورا موازيا لتطور نظام السلطة الأبوية والسيادة الزوجية ، فنشأ كل منهما باعتباره سلطة مقررة على شخص عديم الأهلية وأمواله لصالح الوصى أو القيم تحاكى طبيعتها سلطة الأب على أبنائه وسيادة الزوج على زوجته ، ثم تغيرت طبيعتهما وانتهى بهما التطور فى عهد جستنيان إلى اعتبارهما عبئا أو تكليفا من التكاليف العامة مقررا على الوصى أو القيم لصالح عديم الأهلية المشمول بولايته (١) ٠

---

(١) انظر فى تفصيلات نظامى الوصاية والقوامة :

- دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، ص ٢٣٢ وما بعدها ٠
- دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٢٥٣ وما بعدها ٠
- دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢١٣ وما بعدها ٠
- دكتور / عبد السلام ذهنى : مذكرات فى القانون الرومانى ، ص ٢٠٣ وما بعدها ٠
- الأستاذ / على بدوى : مبادىء القانون الرومانى ، ص ٧٠ وما بعدها ٠
- دكتور / طه عوض غازى : النيابة التعاقدية فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية " رسالة دكتوراه " ، ص ٧٢ وما بعدها ٠
- دكتور / متولى عبد المؤمن محمد : نظام الوصاية على القصر فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنصورة عام ١٩٩٩ ٠

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 219 et s.
- Huveline : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, P. 343 et s.
- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, P. 218 et s.
- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1938, P. 273 et s.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 315 et s.

المبحث الثانى
الشخص الاعتبارى

عرف الرومان - بجانب الأشخاص الطبيعيين - أشخاصا آخرين لا وجود لهم من الناحية المادية ، وإنما يفترض وجودهم ، بحيث يكون لهم شخصية قانونية تنشأ من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين ، ويكون لهذه الأشخاص كيانها المستقل عن شخصية الأفراد المكونين لها وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال . ويطلق على هذا النوع من الأشخاص اسم الأشخاص القانونية أو المعنوية أو الاعتبارية (١) .

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد ، أن الفقهاء الرومان لم يعرفوا تعبير الشخصية الاعتبارية ، بل اقتصروا على استعمال بعض التعبيرات التى تدل على الكيان الذاتى لبعض الجماعات والهيئات (٢) ، ولكنهم لم يستعملوا أبدا تعبير الشخص الاعتبارى " persona ficta " ، فهذا التعبير من ابتداع شراح القانون الرومانى فى العصور الوسطى (٣) . كما أن الفقهاء الرومان لم يقوموا بدراسة الشخصية الاعتبارية كنظرية عامة ، بل اقتصروا على دراسة النظام القانونى لكل هيئة أو جماعة على حدة ، واستخلصوا بعض النتائج التى تترتب عادة على فكرة الشخصية المعنوية كالذمة المالية المستقلة (٤) .

---

(١) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٣١ .
- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 255- 259.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T. I, P. 337- 345.

(٢) مثل تعبير " ذاتية مستقلة corpus " (موسوعة : ٣، ٤ ، ١ فاتحة) ، وتعبير " جماعة universitas " (موسوعة : ٣ ، ٤ ، ٧ ، ١) ، وتعبير " جمعية أو هيئة collegia " ، وتعبير مؤسسة البر العام .

(٣) وفى هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور / صوفى أبو طالب : " وسنستعمل تعبير الشخصية الاعتبارية - من باب التجوز فى التعبير - جريا على عادة شراح القانون الرومانى المحدثين بالرغم من علمنا بأن الفقهاء الرومان لم يستعملوا هذا التعبير " . انظر مؤلف سيادته : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٦ .

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٦ .

وقد قسم شراح القانون الرومانى المحدثين الأشخاص المعنوية فى القانون الرومانى إلى نوعين : النوع الأول : جماعات الأشخاص ، وهى جماعات من الأشخاص أو هيئات من الأفراد ، لكل منها شخصية قانونية مستقلة ومتميزة عن شخصية الداخلين فى تكوينها . والنوع الثانى : مجموعات الأموال ، وهى مجموعات من الأموال خصصت لغرض خيرى أو دينى ولها كيان قانونى خاص بها لا شأن له بمن كانوا أصحابا لهذه الأموال ولا بمن يتولون الرقابة عليها ، وهى تقابل ما يسمى فى القوانين الحديثة بالمؤسسات (١) .

المطلب الأول
التطور التاريخى لفكرة الشخصية الاعتبارية
فى القانون الرومانى

الشخصية الاعتبارية فى عصر القانون القديم :

عرف القانون القديم نظام اشتراك بعض الأفراد فى تكوين جماعات تستهدف تحقيق أغراض سياسية أو اجتماعية أو دينية ، مثل المدينة والعشيرة والجمعيات . ولكنها لم تكن أبدا تتمتع بكيان ذاتى مستقل عن الأفراد المكونين لها ، ولذلك لم تكن أموالها مملوكة للجماعة ذاتها بل لأفرادها ملكية جماعية ، وكذلك الحال بالنسبة لديونها (٢) . غير أنهم سرعان ما توصلوا إلى الاعتراف لبعض الجماعات – فى محيط القانون العام – بكيان ذاتى ، وهى الدولة . فاعترفوا لها بذمة مالية مستقلة عن الأفراد تتمثل فى الخزانة العامة ، واعتبروا الحكام ممثلين لها،ومن ثم تنصرف إليها آثار التصرفات القانونية (٣) .

---

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٦٤ .

(٢) ويرجع أستاذنا الدكتور / صوفى أبو طالب ذلك إلى أن الشخصية الاعتبارية فكرة مجردة لا يمكن تصورها إلا فى القوانين التى وصلت إلى درجة كبيرة من النضوج ، وهى فوق ذلك لا تلائم الشرائع التى تأخذ بنزاعة فردية متطرفة لأنها تحد من استقلال الفرد ، ومن المعروف أن القانون الرومانى كان ممعنا فى نزعته الفردية.انظر مؤلف سيادته:الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٦٤ .

(٣) لم يخضع الفقهاء الرومان العلاقات القانونية التى تكون الدولة طرفا فيها (كالبيع والإيجار واكتساب الملكية... الخ) لقواعد القانون الخاص ، بل أخضعوها لقواعد أخرى لها طابع إدارى .

الشخصية الاعتبارية فى عصر الإمبراطورية العليا :

ومنذ العصر الإمبراطورى ، لم يعد الاعتراف بالكيان الذاتى مقصورا على الدولة ، بل امتد إلى سائر أشخاص القانون العام ، والتى نظمت على غرار التنظيم المأخوذ به بالنسبة للدولة الرومانية ، سواء من حيث الاعتراف لها بذمة مالية مستقلة أم من حيث طريقة إدارتها . فاعترف بالشخصية القانونية للمدن والمستعمرات والبلديات (١) ٠

وظهر أثر ذلك أيضا فى محيط القانون الخاص ، فاعترفوا لجماعات الكهنة – وهى تستهدف تحقيق أهداف دينية – بكيان ذاتى ، واعترفوا لجماعات الملتزمين بجباية الضرائب – وهى جماعات تستهدف تحقيق ربح مادى – بكيان ذاتى وأسموها " شركات Societas publicanorem " (٢) ٠

ولم يعرف الرومان خلال عصر الإمبراطورية العليا نظام المؤسسات ، ولذلك لجأوا إلى نظام الهبة المقيدة بشرط لكى يضمنوا استمرار بقاء مال معين لتحقيق غرض معين بغض النظر عن تغيير المستفيدين منه أو القائمين عليه ، فكانت توهب هذه الأموال إلى شخص اعتبارى دائم ، مثل المدينة أو البلدية ، بشرط إنفاق هذه الأموال فى الوجوه التى حددها الواهب (٣) ٠

الشخصية الاعتبارية فى عصر الإمبراطور السفلى :

ترتب على انتشار المسيحية فى هذا العصر ، ظهور عدة هيئات دينية مثل الكنائس والأديرة ، وهيئات تهدف إلى أعمال البر والخير كالمستشفيات والملاجىء . ومن جهة أخرى أباح القانون للأفراد بأن يوصوا بأموالهم لهذه الهيئات الدينية أو الخيرية . ومن المتفق عليه بين الشراح أن هذه الهيئات تتمتع بالشخصية القانونية ، وأن الأموال الموصى

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٦٥ ٠

(٢) وهذا هو النوع الوحيد من بين شركات القانون الخاص الذى اعترف له القانون الرومانى بشخصية قانونية ، إذ بقيت بقية أنواع الشركات التى تنشأ بين الأفراد محرومة من التمتع بالشخصية القانونية . دكتور / شفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، ص ١٥٤ ٠

(٣) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٧ ٠

بها أو الموهوبة لهذه الهيئات بقصد القيام بأعمال البر تعتبر مملوكة لهـــذه الهيئات الدينية أو الخيريـــة ٠

بيد أن الخلاف ما زال قائما بين شراح القانون الروماني حول مدى تمتع المؤسسات الخاصة التي تهدف إلى غرض من أغراض البر أو الخير – ويطلق عليهـا الرومان تعبير " piae causae " وهي شبيهة بفكرة المؤسسات فى القانون الحديث – كان يرصد شخص مبلغا من المال لأغراض البر أو الخير ولم يهبه أو يوصى به لإحدى الهيئات الدينية أو الخيرية . فالبعض يرى أن مثل هذه المؤسسات تتمتع بشخصية اعتبارية ، والبعض الآخر ينكر عليها هذه الصفة وفى عصر جستنيان أصبحت هذه المؤسسات المخصصة لأعمال البر والخير تتمتع بالشخصية القانونية (١) ٠

المطلب الثانى
النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية

جرى فقهاء الرومان على اعتبار الشخصية الاعتبارية فرضا قانونيـا لا حقيقة واقعة ، ويستندون في ذلك إلى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة فى نظر القانون إلا إذا كان قادرا على التفكير ، وهذا هو شأن الشخص الطبيعى ، فالقانون لا يخلق شخصيته ، بل يقتصر على الاعتراف بها . أما الشخص الاعتبارى ، وهو غير قادر على التفكير والإرادة ، فالقانون يخلق شخصيته خلقا ويخلعها عليه فرضا ، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة قانونية تتناول بعض مظاهر النشاط القانونى . ولهذا كانت للأشخاص الاعتبارية فى القانون الرومانى أحكام تختلف عن أحكام الأشخاص الطبيعيين (٢) ٠

أولا : إنشاء الشخص الاعتبارى :

خلال العصر الجمهورى كانت حرية إنشاء الجماعات مطلقة غير مقيده ، وتستطيع الجماعة – طبقا لقانون الألواح الإثنى عشر – أن تضع لنفسها نظامها الخاص ، بشرط عدم مخالفة النظام العام (٣) ، ومنذ أواخر القرن الأول قبل الميلاد صدر قانون جوليا

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ص ٢٦٦ ٠

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٦٤ ٠

(3) Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, P. 117.

الخاص بالجمعيات ، الذى ويقضى بعدم جواز إنشاء جماعة إلا بعد الحصول على إذن مجلس الشيوخ وإجازة الإمبراطور (١) ، واستثنى من ذلك الجماعات الدينية ، وقد كان هذا الإذن يكفى لمنح الجماعة الشخصية القانونية (٢) ٠

وفى عصر الإمبراطورية السفلى قصر الإذن على الجمعيات ذات المنفعة العامة ، وأعفيت المؤسسات الدينية أو الخيرية من هذا الإذن ، وأصبحت تتمتع بالشخصية القانونية بمجرد إنشائها (٣) ٠

ثانيا : أهلية الشخص الاعتبارى :

يتمتع الشخص الاعتبارى بأهلية وجوب مقيدة ، وتنعدم لدية أهلية الأداء . فهو لا يتمتع بالحقوق السياسية ولا بحقوق الأسرة ، ولكنه يتمتع بحقوق مالية مثله فى ذلك مثل الآدميين ، فهو يتمتع بذمة مالية مستقلة عن الأعضاء المكونين له أو المستفيدين منه ، ولذلك يتملك الأموال ويكتسب الحقوق وتعتبر هذه الأموال مملوكة له وليس لأعضائه وتثبت له الحقوق وليس لأعضائه ، وهو أيضا الذى يلتزم بما ينشأ فى ذمته من التزامات دون أعضائه ، وهو يتمتع بحق التقاضى سواء كمدع أو كمدع عليه . أما أهلية الأداء فهو عديمها لأنه كائن افتراضى لا تمييز لديه ، ولذلك يعين له من يتولى إدارة أمواله ومباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه ، والنظام الأساسى الخاص بكل هيئة من أشخاص القانون الخاص هو الذى يحدد كيفية اختيار ممثليه وسلطاتهم ، وهؤلاء يتولون إدارته طبقا لقواعد شبيهة بنظام الوصاية على عديم الأهلية من الآدميين (٤) ٠

---

(١) ومعنى ذلك أن الرومان أخذوا بفكرة أن الشخص الاعتبارى كائن افتراضى يحتاج إلى تدخل المشرع لخلقه ٠

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣٠٣ ٠

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٦٦ ٠

(٤) دكتور / صوفى أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٤١٩ ٠

- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, P. 118.
- Huvelien : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, P. 410

ثالثا : إنتهاء الشخصية الاعتبارية :

لا تتوقف حياة الشخص الاعتبارى على حياة المكونين لـه أو المستفيدين منه ، سـواء فى ذلك جماعات الأشخاص أم مجموعات الأموال . وتنتهى الشخصية الاعتبارية لأشخاص القانون الخاص (جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال) بانتهاء المدة المحددة لها ، أو بانقضاء الغرض الذى أنشئت من أجله ، أو بصدور قرار بحلها . ويترتب على انتهاء الشخصية الاعتبارية تصفية أموالها تبعا للقواعد الواردة فى نظامها الأساسى إن كانت قد انحلت بالطريق الاختيارى ، أو تبعا لقرار الإمبراطور إن كان هو الذى أصدر قرارا بحلها (١) .

---

(١) دكتور / صوفى أبو طالب : الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٠ .

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T. I, P. 340.

الفصل الثانى
محل الحق

إذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفى هذا الصدد ينبغى اجتناب الخلط بين " محل الحق " وبين " مضمون الحق " (١) ، فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا - من شيء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشيء الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق (٢) .

ومحل الحق المالى قد يكون شيئا من الأشياء ، وقد يكون عملا يقوم به المدين . فإذا كان الحق عينيا كان محله بالضرورة شيئا ماديا كحق الملكية ، وإذا كان الحق المالى حقا شخصيا فإن محله يكون عملا يقوم به المدين .

والعمل الذى يرد عليه الحق الشخصى قد يكون إعطاء شيء ، كما فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، إذ يؤول فى النهاية إلى اعطاء شيء - هو المبيع - للمشترى . كما أن العمل فى الصور الأخرى للحق الشخصى ممكن تقويمه بمبلغ من النقود وهى أشياء . ولذلك يمكن أن يقال أنه إذا كان العمل هو المحل المباشر للحق الشخصى ، فإن الشيء هو المحل غير المباشر لهذا الحق . ومن ثم يتضح أن الأشياء ، باعتبارها محلا للحقوق ، تزيد أهميتها عن الأعمال (٣) .

الشيء والمال (٤) : الشيء (chose, res) هو كل ما يوجد فى الكون، سواء كان

---

(1) Dabin (J.) : Le droit subjectif, 1952, P. 168 et s.

(٢) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٧٠٣ .

(٣) دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعة : دروس فى مبادئ القانون ، ص ٣١٠ .

(٤) يخلط البعض فى العصر الحديث فى هذا الصدد بين الأشياء والأموال . والواقع أن المال هو كل حق مالى سواء كان حقا شخصيا أم كان حقا عينيا ، أما الشيء فهو محل الحق المالى إذا كان حقا عينيا .
=

من الأشياء الجامدة أم الأشياء الحية ، ما عدا الإنسان الحر (١) . بيد أن القانون لايدرس الأشياء فى ذاتها ولا يهتم بها إلا باعتبارها محلا للحقوق ، كما أنه لا يهتم بالأشخاص إلا من حيث كونهم أصحاب الحقوق والمكلفين بالواجبات (٢) . أما المال (bien) – ويطلق عليه فى القانون الرومانى لفظ res أيضا – فهو كل شيء نافع للإنسان يصح أن يتملكه شخص ويستأثر به دون غيره . ومن ثم يعتبر الشيء مالا كلما كان محلا لحق من الحقوق ، كحق الملكية الذى يخول لصاحبه حقا مطلقا على شيء معين ويبيح له أن يفعل به ما يشاء (٣) . وعلى ذلك فليس كل شيء مالا ، ولكن كل مال شيء ، فالشيء جنس والمال نوع منه . فكل ما هو كائن فى الوجود شيء مثل الشمس والقمر والهواء والبحار والأنهار والنبات والحيوان والجماد . وكلها نافعة للإنسان ولكنها لا تعد مالا ، إذ المرء لا يستأثر إلا بالقليل منها وهذا هو المال (٤) . وفى العصر القديم لم يكن من الممكن إلا تصور الأشياء المادية فقط ، بيد أن فكرة الأشياء قد تطورت واتسعت فى العصر العلمى ، فأصبحت تشمل الأشياء المادية وغيرها ، وأصبح يدخل تحت كلمة أشياء الحقوق والديون (٥) .

وقد اهتم فقهاء الرومان بدراسة الأشياء من حيث مظهرها الخارجى ومن حيث أنواعها المختلفة ، وسعوا إلى بيان مايوجد بينها من اختلافات كلما كان لهذه الاختلافات أهمية من الناحية القانونية . وقد توصلوا نتيجة لذلك إلى وضع تقسيمات

= والذى دعا إلى الخلط بين الشيء والمال هو أن الشيء فى معظم الأحوال يكون مقررا عليه حق مالى فيعتبر مالا بسبب وجود هذا الحق ، ولكن الحق المالى قد يكون أيضا عملا ، فيعتبر العمل فى هذه الحالة مالا . كما قد يكون الشيء ليس محلا لحق من الحقوق فلا يكون هناك مال وإنما شيء من الأشياء ، كما فى الأشياء المباحة .

(1) Huvelien : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, T. I, P. 413.

(2) Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 260.

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٦٨ .

(٤) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣٠٧ .

(٥) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٣٦ .

متعددة للأشياء تتفاوت فيما بينها من حيث الأهمية ، وقد انتقل معظم هذه التقسيمات إلى القوانين الحديثة حيث اكتسب بعضها أهمية جديدة (١) . وأهم هذه التقسيمات فى القانون الرومانى هو تقسيم الأشياء إلى أشياء خارجة عن دائرة التعامل وأشياء داخلة فى دائرة التعامـل (٢) ٠

(١) دكتور / محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، ص ٣٢٧ ٠

(٢) انظر فى تفصيلات التقسيمات الرومانية للأشياء :

- **Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 260. et s.**
- **Huvelien : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, T. I, P. 413. et s.**
- **Monier Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, P. 341. et s.**
- **Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1938, P. 317 et s.**

المبحث الأول
الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل

هي تلك الأشياء غير القابلة لأن تكون محلا للتصرفات القانونية أو موضوعا للملكية الفردية . وتنقسم هذه الأشياء إلى أشياء أخرجت عن التعامل لتعلق حقوق الآلهة بها ، أى لاعتبارات دينية ، وأشياء أخرجت عن دائرة التعامل لتعلق حقوق البشر بها ، أى لاعتبارات خاصة ٠

أولا : الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل لاعتبارات دينية :

١- الأشياء المقدسة : وهى الأشياء المخصصة للعبادة الآلهة العليا كالمعابد والهياكل ، وما يوجد بالمعابد مما يخصص للعبادة . وتكتسب هذه الأشياء الصفة الدينية بإجراءات معينة تتمثل فى الإجراءات الدينية التى تتم بمعرفة الأحبار وبموافقة الشعب الرومانى ، أى بعد صدور قرار تشريعى يقرر تخصيص المال للعبادة ، كما تنتهى الصفة المقدسة للمال بإجراءات عكسية مماثلة للإجراءات السابقة وبذلك يعود إلى دائرة التعامل . وفى عهد الإمبراطورية السفلى كانت الكنائس المسيحية كذلك من الأشياء المقدسة ، ولها نفس الطابع القانونى ، فكانت تعتبر مملوكة للكنيسة باعتبارها شخصيا معنويا (١) ٠

٢- الأشياء الدينية : وهى الأشياء المخصصة لعبادة الآلهة الدنيا ، وهم آلهة المنزل من أرواح الأجداد والأسلاف . وتدخل ضمنها بصفة خاصة المقابر حيث تعتبر مملوكة لهذه الآلهة ، وتحمى هذه المقابر دعوى جنائية تسمى دعوى حرمة القبور ، وهى من دعاوى الحسبة يجوز لأى فرد رفعها فى حالة انتهاك حرمة قبر من القبور ما لم يرفعها أحد أفراد الأسرة (٢) . وفى ظل المسيحية ، فى عهد الإمبراطورية السفلى ، كانت هناك حماية كذلك لاحترام حرمة القبور ، كما يبدو ذلك من مدونة جستنيان (٣) ٠

---

(١) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٣٧ ٠

- May (Gaston) : Elements de droit romain, Paris 1907, P. 188.
- Monier (R.) : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 343 et s.

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٠ ٠

(٣) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٣٧ ٠

٣- **الأشياء المحمية :** وهى الأشياء التى وضعت فى حمى الآلهة فى حفل دينى ، وتشمل أبواب المدن وأسوارها ، ويعاقب بالإعدام كل من ينتهك حرمتها (١) . وهذه الأشياء وإن لم تكن مخصصة للآلهة ، إلا أنها كانت تأخذ صبغة دينية متى أخرجت من الملكية الخاصة فى حفل دينى . وقديما كانت حدود الأراضى الزراعية تعتبر من الأشياء المحمية ، ولهذا كان من ينقل تلك الحدود يعاقب بعقوبات دينية (٢) .

ثانيا : الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل لتعلق حقوق البشر بها :

ويدخل فى هذه الطائفة من الأشياء أنواع ثلاثة : وهى تخرج عن دائرة التعامل بسبب طبيعتها أو بسبب تخصيصها للمنفعة العامة . وهى :

١- **الأشياء الشائعة :** وهى الأشياء التى يشترك أفراد النوع الإنسانى فى الانتفاع بها انتفاعا مطلقا ، والتى يستحيل على أى فرد بسبب طبيعتها أن يختص بها لنفسه (٣) . مثل النور والهواء ومياه البحر ، وإذا ما قام شخص بإعاقة غيره عن الإفادة منها ، كان هذا الاعتداء تحميه دعوى (٤) .

٢- **الأشياء العامة :** وهى الأشياء التابعة للدولة أو للشعب الرومانى ، ولذلك كان لكل فرد حق الانتفاع بها . وفى هذه الحالة يتعلق الأمر بأشياء يمكن أن تكون محلا للملكية الخاصة ، ولكنها أخرجت عن دائرة التعامل لأن لكل عضو فى الدولة الحق فيها . كالأنهار العامة دائمة الجريان ، والطرق العامة ، والموانىء . ويحرم على الأفراد امتلاكها لأنها خصصت للمنفعة العامة . ولما كان للأفراد جميعا أن ينتفعوا بتلك الأموال ، فإن من يمنع أى شخص من الإفادة من تلك الأموال يعرض لجزاء عن طريق دعوى اعتداء يرفعها المعتدى عليه (٥) .

---

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى . الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٠ .

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٣٨ .

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٠ .

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 261.

(4) Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 347.

(٥) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٣٩ .

٣- الأشياء المملوكة للجماعات أو الأشخاص المعنوية العامة : وهى الأموال المملوكة للمدن باعتبارها أشخاصا معنوية عامة ، وتخصص لمنفعة السكان جميعا دون أن يتملكها فرد معين . كالمسارح والملاعب والحمامات البلدية وغير ذلك من المبانى العامة فى مدينة من المدن . ويكون لكل شخص أن يستفيد من تلك الأموال ، وله أن يرفع دعوى اعتداء قبل من يمنعه من الإفادة منها (١) .

---

(١) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧١ .
Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T. I, P. 347.

المبحث الثانى
الأشياء الداخلة فى دائرة التعامل

هى تلك الأشياء التى يمكن أن تكون محلا للملكية الفردية والتى يمكـن أن تـرد عليهـا التصرفات القانونية المختلفة ، هذه الأشياء وحدها هى التى تدخل فى الذمة الماليـة وهـى وحدها التى تعتبر أموالا بالمعنى الصحيح .

تطور فكرة الذمة المالية فى القانون الرومانى :

يقصد باصطلاح " الذمة المالية " فى الفقه الحديث ، مجموع مـا للشـخص ومـا عليـه من حقوق والتزامات مالية . وبذلك تتكون الذمة من جانين : جانب إيجابى هـو مجمـوع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبى هـو مجمـوع التزامات الشخص الماليـة . وبقـدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، وبقدر مـا تزيـد التزاماتـه المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة (١) .

وتظهر أهمية فرض ذمة لكل إنسان فى ربط القانون أموال الشخص بديونه ، باعتبار أمواله ضامنة لديونه . وبمقتضى ما للدائنين من حق الضمـان العام على أمـوال مدينهـم يكون لهم الحق فى الحجز عليها وبيعها . وكل الدائنـين سـواء فـى هـذا الحق المشترك بينهم ، إلا إذا أخذوا ضمانا خاصا فتكون الأولوية لمن أخذ الضمان الخاص (٢) .

والذمة المالية فى القانون الرومانى القديـم كـان تشـتمل علـى الأشـياء الماديـة فقـط ، وتتمثل فى الأموال المادية المملوكة لرب الأسرة ، فلم تكن تشمل الديـون الواجبـة . أذ أن الذمة كانت تشمل الجانب الايجابى فقط .

وفى العصر العلمى اتسعت فكرة الذمة الماليـة فـأصبحت تشـمل الحقـوق والديـون ، وبهذا صارت الديون تنتقل وتدخل كعناصر سلبية فى الذمة المالية ، بينما لم يكـن الأمـر هكذا من قبل حيث كانت الديون والالتزامات تزول مـتى زالت الشخصية أو تحولت ،

---

(١) دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، ص ٤٩٩ .

(٢) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومـانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣١٤ .

سواء بالموت أم عن طريق التبنى أو الزواج بالسيادة ، أو بصفة عامة فى حالة الموت المدني (١) . فإذا كان الشخص مدينا ، ثم زالت شخصيته أو تغيرت على هذا النحو لم تكن ديونه تنتقل ، مع أن ذمته كانت تنتقل ، مع زوال ديونه والتكاليف الشخصية بزوال شخصيته القانونية . أو بمعنى أدق كانت تلك الديون والأعباء تظل على عاتق الملتزم بها ٠

ومع ذلك فقد توصل الرومان بفضل الإصلاحات البريتورية إلى ربط الديون بالحقوق وإلى اعتبار الأموال ضامنة للوفاء بالديون . ولقد كان من أثر الإصلاح البريتورى أن أصبح اصطلاح الذمة المالية ينصرف إلى كل الأموال التى لها قيمة تقدر بالمال ، وبذلك كانت تخرج من عداد الحقوق المكونة للذمة حقوق الأسرة والحقوق العامة ، وإن كان يدخل فيها الدعاوى الناشئة عن الاعتداء على حق من تلك الحقوق . ولايهم بعد ذلك ما إذا كانت الأموال الداخلة فى الذمة أموالا مادية ، أو حقوقا عينية للشخص على أموال الغير ، أو حقوقا شخصية له فى ذمة الغير . كما أصبح يدخل فى الذمة كذلك ما على الشخص من ديون للغير ، باعتبارها مكونه للجانب السلبى فى الذمة (٢)٠

وتقسم الأموال الداخلة فى الذمة المالية تقسيمات كثيرة ، ما زال لبعضها قيمة كبيرة فى الشرائع الحديثة ، وفيما يلى أهم هذه التقسيمات :

أولا : الأموال النفيسة والأموال غير النفيسة :

وهو تقسيما أساسيا للأموال الداخلة فى الذمة حتى أوائل عصر الإمبراطورية ، وهو تقسيم رومانى محض بحيث لا نجد له نظيرا لدى الشعوب الأخرى . فالأموال النفيسة كما يعرفها " جايوس " هى التى تنتقل الملكية فيها بالإشهاد ، وهى تشمل على سبيل الحصر :العقارات الإيطالية من أرض ومبان،وحقوق الارتفاق الزراعية المقررة لصالحها ، والأرقاء ، ودواب الحمل والجر ما عدا الإبل والفيلة لأنها كانت مجهولة فى العصر القديم من الرومان . أما الأموال غير النفيسة فهى ما عدا ذلك من الأموال ، ولذلك فهى لا تقع تحت حصر ، وتشمل على سبيل المثال : الأراضى الأقليمية الواقعة خارج

(1) Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 347.

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٤٠ ٠

إيطاليا ، وحقوق الارتفاق المقررة عليها ، والمنقولات بوجه عام كالغلال والنقود وأثاث المنازل والحيوانات الأخرى غير حيوانات الحمل والجر والحمل كالأغنام والماعز (١) .

وترجع الحكمة فى هذه التفرقة إلى أن روما كانت بلدا زراعيا فى عهدها الأول ، وأن الأموال النفيسة كانت تمثل العناصر الضرورية لزراعة الأراضى واستغلالها ، ولذلك كانت هى الجديرة وحدها بالاقتناء وباتخاذ الاحتياط عند نقل ملكيتها للغير بأن يتم بطريق من الطرق الرسمية . وقد إزدادت أهمية الأموال غير النفيسة تدريجيا فيما بعد باتساع التجارة واتجاه الثروة نحو القيم المنقولة،فقد هذا التقسيم كثيرا من أهميته الاقتصادية،بيد أنه احتفظ طويلا بأهميته القانونية ولم يلغ نهائيا إلا فىعهد جستنيان(٢).

وتظهر فائدة هذا التقسيم فى طرق نقل الملكية الاختيارية ، فملكية الأموال النفيسة لا تنتقل إلى الغير إلا بإحدى طريقتين رسميتين : الإشهاد أو الدعوى الصورية ، أما ملكية الأموال غير النفيسة فيكفى لانتقالها الاتفاق على نقل الملكية مضافا إليه عمل غير رسمى هو التسليم . كذلك كان للمرأة البالغة حق التصرف فى أموالها غير النفيسة بمفردها ، ولكن لم يكن لها حق التصرف فى أموالها النفيسة إلا بإجازة وصيها (٣) .

ثانيا : الأموال المنقولة والأموال العقارية :

العقار هو الشيء الثابت الذى لا يمكن نقله من مكان إلى مكان ، كالأرض والمنزل . والمنقول هو الشيء الذى يمكن نقله من مكان إلى آخر كالسفينة والأثاث ، أو الذى ينتقل من تلقاء نفسه كالعبد والحيوان (٤) .

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣١٠ .

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٢ .

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 272.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1945, T.I, P. 350.

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٢ .

- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 350 - 351.

(٤) دكتور / محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، ص ٢٣٠ .

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 256.
- Huvelien : Cours èlèmentaire de droit romain, Paris 1927, T.I, P. 421.

وتقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات لم تكن له لدى الرومان نفس الأهمية التى له فى القانون الحديث ، ومع ذلك فإنه لم يكن مجردا من كل أهمية عملية حيث تظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتى :

بالنسبة لاكتساب الملكية بالتقادم ، أى بمضى المدة ، تختلف المدة المقررة بحسب ما إذا كان المال منقولا أو عقارا . فهى فى قانون الألواح الإثنى عشر : سنة للمنقول ، وسنتان للعقار ، وقد عدل جستنيان هذه المدة فجعلها ثلاث سنوات فى المنقول وعشر سنين أو عشرين سنة فى العقار بحسب الأحوال .

وفيما يتعلق بطرق حماية وضع اليد ، فقد كان البريتور يحمى الحيازة عن طريق أوامر يصدرها . وكانت هذه الأوامر تختلف من حيث شروطها وإجراءاتها باختلاف ما إذا كان المال موضوع النزاع عقارا أم منقولا .

وبالنسبة لحقوق الارتفاق ، فقد عرف القانون الرومانى نوعين من حقوق الارتفاق : حقوق الارتفاق العينية وحقوق الارتفاق الشخصية . فحقوق الارتفاق العينية مقصورة على الأموال الثابتة أى العقارات ، فى حين أن حقوق الارتفاق الشخصية مقررة لشخص على عقار أو منقول (١) .

كذلك لا يجوز للوصى كقاعدة عامة أن يتصرف فى العقار، كما أن جريمة السرقة لاتقع إلا على المنقول، وفى الإشهاد يجب وجود المال المنقول فى مجلس العقد بخلاف العقار(٢) .

---

(١) حقوق الارتفاق العينية : هى حقوق تتقرر على عقار لمصلحة عقارا آخر ، بشرط أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

أما حقوق الارتفاق الشخصية : فهى تعتبر حقوقا عينية ، فتقرر لمصلحة شخصى معين ، خلافا لحقوق الارتفاق العينية التى تتقرر لمصلحة عقار ، وهذه الحقوق هى : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق استخدام العبد والحيوان .وقد أطلق عليها جستنيان حقوق الارتفاق الشخصية . ولم يعد هذا الاصطلاح شائعا فى القوانين الحديثة ، ويعتبر الانتفاع والاستعمال والسكنى من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية فى الوقت الحاضر .

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٤ .

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 265.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 354.

ثالثا : الأموال المثلية والأموال القيمية :

وهو تقسيم قانونى بحت لا يستند إلى أى اعتبار اقتصادى ، وهو يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها وإلى غرض المتعاقدين . فالأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء وتعرف بنوعها ، بخلاف القيمية فهى تعرف بذاتها وبصفاتها الخاصة (١) ٠

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يتعلق بالمسئولية عن هلاك الشىء بحادث جبرى قبل تسليمه ، فإذا كان المدين ملزما بتسليم شىء قيمى ثم هلك هذا الشىء قبل التسليم لسبب لا دخل الإرادة المدين فيه فإن المدين يبرأ من التزامه ويتحمل الدائن مسئولية هلاك الشىء . أما إذا كان المدين ملزما بتسليم قدر معين من شىء مثلى ، وكان قد أعد هذا القدر ثم هلك لسبب لا دخل لإرادته فيه فإنه لا يبرا من التزامه بل يتحمل مسئولية الهلاك ويكون ملزما بتسليم قدر آخر من النوع المتفق عليه . ويعبر الرومان عن ذلك بقولهم المثليات لا تهلك لأن بعضها يحل محل البعض الآخر فى الوفاء (٢) ٠

ويقابل تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية تقسيم آخر إلى أموال تقدر بالعدد أو الوزن أو المقاس سواء بحسب طبيعتها أو طبقا للعرف كالنقود والغلال والأقمشة ، وإلى أموال معينة بالذات كالمنزل والصورة . والغالب أن تكون الأولى من المثليات وهى التى ترد عليها عارية الاستهلاك حيث يجب رد المثل فى النوع والمقدار ، أما الأموال المعينة بالذات فهى التى ترد عليها عارية الاستعمال حيث يجب رد المال بعينه (٣) ٠

ويتبع التقسيم المتقدم تقسيم آخر إلى أموال تستهلك بمجرد إستعمالها لأول مرة ، كالنبيذ والزيت وهى فى الغالب من المثليات ، وأشياء لا تستهلك بمجرد الاستعمال وتقبل الاستعمال المتكرر . وأهمية هذا التقسيم تظهر فى حق الانتفاع ، فهو مقصور على مالا يستهلك بمجرد استعماله ، وإن كان قد أجيز فى العصر العلمى وقوعه على

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣١٢ ٠

(٢) دكتور / محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، ص ٣٣٣ ٠

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٥ ٠

مال قابل للهلاك ويسمى عندئذ شبه حق الانتفاع (١) .

رابعا : الأموال المادية والأموال المعنوية :

الأموال المادية هي ما تقع تحت الحواس ولها وجود مجسم ، كالأرض والرقيق والنقود وغيرها . أما الأموال المعنوية فهي لا تقع تحت الحواس ولا وجود لها إلا في الذهن ، وهي تشمل الحقوق كحق الانتفاع وحق الارتفاق والحقوق الشخصية أو الالتزامات (٢) . وهذا التقسيم لم يكن معروفا في القانون القديم الذي لم يكن يعرف سوى الأشياء المادية ، ولكنه ظهر في العصر العلمي تحت تأثير مبادىء الفلسفة اليونانية التي كانت تطبق قواعد الماديات على المعنويات ، فأوجدت فكرة الشخص المعنوي بجانب الشخص الطبيعي والأشياء المعنوية بجانب الأشياء المادية (٣) .

ويبدو أن فقهاء الرومان أرادوا بهذا التقسيم ، التمييز بين الحق وموضوعه . فوضعوا الحقوق في جانب باعتبارها أشياء معنوية ، والأشياء المجسمة محل هذه الحقوق في جانب آخر باعتبارها أشياء مادية . بيد أنهم استثنوا من ذلك حق الملكية ، فهو يعتبر في نظرهم من الأشياء المادية لا المعنوية . وذلك لأنهم خلطوا بين حق الملكية ذاته وهو شيء معنوى وبين محل الحق وهو شيء مادي ، ويبرر ذلك لديهم أن الملكية سلطة مطلقة تتناول الشيء من جميع نواحيه والحق قد لا يتناول الشيء إلا من ناحية واحدة . فضلا عن أن المالك يختص بالشيء دون سواه ولا يتصور لديهم أن يكون له حق على ماله الخاص ، وإنما يكون له حق على مال الغير ، كحق ارتفاق مثلا (٤) .

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣١٢ .

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 265-266.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 351.
- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1917, P. 238.

(٢) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٦ .

(3) Gaudemet (M.) : Cours de droit romain, 1952 - 1953, P. 826.

(٤) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٦ .

- Girard : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1929, P. 273.
- Monier : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1947, T.I, P. 342.
- Cuq : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1917, P. 237

وتظهر أهمية هذا التقسيم فى وضع اليد ، وفى طرق اكتساب الملكية المبنية على وضع اليد كالتقادم والتسليم . فالأشياء المادية وحدها - وبالأخص حق الملكية - هى التى يمكن وضع اليد عليها ، وبالتالى اكتسابها بمضى المدة أو التسليم ، دون الحقوق الأخرى . إلا أن فقهاء الرومان فى العصر العلمى بدأوا يطبقون نظرية وضع اليد على حق الارتفاق أسوة بحق الملكية ، وأجازوا بذلك اكتساب حقوق الارتفاق بمضى المدة ، وبالتسليم بشروط خاصة . ويقال لوضع اليد فى هذه الحالة شبه وضع اليد ، وللتسليم شبه التسليم ، تمييزا لهما عن وضع اليد على الملكية،وعن التسليم الناقل للملكية (١) .

خامسا : الأشياء البسيطة والأشياء المركبة :

يعتبر الشيء بسيطا إذا كان يتكون من مادة واحدة متجانسة ، كالعبد والحصان . ويعتبر الشيء مركبا إذا كان يتكون من أشياء غير متجانسة ويكون مع ذلك كلا يمكن أن يكون محلا للحق ، كالمنزل ، إذ أنه شيء يمكن أن يرد عليه الحق ولكنه يتكون من تجميع لعناصر متميزة . على أنه بجانب الأشياء البسيطة والأشياء المركبة على النحو السابق ، قد توجد أشياء متميزة غير متصلة يطلق عليها اسم واحد وتجمعها مجموعة واحدة ، كقطيع من الأغنام ، ولكن كل شيء من هذا المجموع يحتفظ بذاتيته داخل المجموع (٢) .

وتظهر أهمية هذا التقسيم بالنسبة للملكية ، حيث تترتب عليها نتائج عملية . ذلك أن مالك قطيع من حيوانات يستطيع استخراجه من قطيع آخر إذا اختلط قطيعه به ، كما أن لمالك دابة من الدواب أن يستردها بذاتها إذا اختلطت بقطيع من الدواب . وذلك بخلاف ما إذا دخل الشيء في مال مركب ، فمالك الشيء الذى يدخل فى شيء مركب لا يستطيع أن يسترده إلا إذا انفصل عن الشيء المركب إذ أن الشيء البسيط يفقد ذاتيته باندماجه فى الشيء المركب (٣) .

---

(١) دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، ص ٣١٠ .

(٢) دكتور / توفيق حسن فرج : القانون الرومانى ، ص ٢٤٥ .

(٣) دكتور / عمر ممدوح مصطفى : الموجز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، ص ٢٧٨ .

الباب الثالث
حماية الحق وانقضاؤه

ينشأ الحق بواقعة قانونية تعتبر مصدرا له ، وإبتداء من نشوء الحق يستطيع صاحبه أن يمارس السلطات التى يخولها له هذا الحق . وهذا يفترض أن أحدا لا ينازعه فى هذه السلطات ، ولكن يحدث أحيانا أن يكون الحق محل نزاع من الآخرين ، فى هذه الحالة يتعين على صاحب هذا الحق حماية حقه . وعلى ذلك يجب بيان طرق حماية الحق فى القانون الرومانى ، ثم نختم الدراسة ببيان كيفية انقضاء الحق ٠

الفصل الأول
حماية الحـق

إذا كان الحق استئثار يقره القانون ، إلا أن الحقوق لا يمكن أن تفيد أصحابها إلا إذا اقترنت بحماية يستطيـع صاحب الحق استثارتها عند الاعتداء على حقه . وهـذه الحمايـة – في القانون المعاصر – ليست ركنا في الحق ، بيد أنهـا مـن مستلزماته إذ هـي الرفيـق الطبيعـي لـه. إلا أن القـانون الرومـاني كـان لا يعترف بـالحق إلا مـن خـلال إجـراءات الدعوى التي تحميه ، فلم تظهر الفكرة القانونية للحق إلا عـن طريـق حمايتـه بـالدعوى ، واعتبروا الدعوى كمعيار ورمز لوجوده . ومعنى هـذا أنـه بـدلا مـن أن تكـون الدعـوى وليدة الحق – باعتبارها عنصر حمايته – كانت الدعوى عاملا في وجود الحق والاعتراف بـه ، ولذا امتزجت الدعوى بالحق (١) ٠

فإذا وقع ثمـة اعتـداء على حق ، فـإن القـانون يتحـرك تلبيـة لدعـوة صـاحب الحـق ولمصلحته . فكل حق لابد وأن تلحق به حماية ، لا فرق في ذلـك بـين حـق غـير مـالي أو حق مالي ، ولا بين حق شخصي أو عيني ، فكل الحقـوق يقابلهـا واجـب بعـدم الاعتـداء عليهـا (٢) . والغـالب أن تتحقـق هــذه الحمايــة عـن طريـق تدخـل القضــاء ، إذا أن صاحب الحق لا يستطيع أن يدفع الاعتداء بيده ، بل لابد وأن تتـولى عنـه ذلـك السـلطة العامــــة ٠

(1) May (Gaston) : Elements de droit romain, 9e èd, Paris 1907, P. 632.

(٢) حـاول البعـض أن يشكك فـي هـذه الرابطة الوثيقة بـين الحـق والحمايـة ، فقـال أن الالـتزام الطبيعي يكون بالنسبة للدائن حقـا ومع ذلك فهو حق لا يحميـه القـانون.والواقـع أن الالـتزام الطبيعي – وهو الذى لا يستطيع فيـه الدائن أن يجبر المدين علـى الوفاء به ولكن إذا قام هـذا المدين بالوفاء فإنه يعتبر قد أوفـى بما هو مسـتحق عليـه – لا يقابلــه حــق كامــل بـل حق ناقص ، إذن فالاحتجاج بحالـة الالتزام الطبيعـي ليس بجـدى فـي إثبات انفكاك الحماية عن الحق . دكتور / أحمـد سلامـة :المدخـل لدراسـة القانون ، الكتاب الثانى ، مقدمـة القانون المدنى ، ص ٣٩٢ ٠

فإذا استحال على صاحب الحق مباشرة حقه فى واقع الحياة العملية ، أو قابل فى سبيل ذلك عوائق بسبب نشاط غير مشروع صدر عن شخص ما ، فيجوز له المطالبة بحماية حقه ، أى القيام بالإجراءات اللازمة لابعاد هذه العوائق ورفع ما يترتب عليها من إنتهاك لحقه .

والالتجاء إلى السلطة العامة هو الطريق العادى لحماية الحقوق ، فيقع على الدولة عبء تنظيم القضاء للدفاع عن الحقوق المختلفة . وهذا يعنى أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى التى يرفعها صاحب الحق ، هو أكثر ملاءمة وأفيد له من أى إجراء آخر قد يتخذه ، فالتعبير العملى عن الحق المعتدى عليه يكون فى رفع الدعوى . والحكم فى الدعوى المرفوعة يخول صاحب المصلحة القدرة على مطالبة أحد أجهزة الدولة (السلطة العامة) باستعمال الجهاز لما تحت يده من قوة ، حتى يتمكن هذا الشخص من الحصول على الحق المقرر له .

ويفترض هذا الوضع أن يكون الحق فى جانب والخطأ فى الجانب الآخر ، ولكن كثير مالا تعرض الأمور بهذا السهولة ، فقد يكون لدى المدعى عليه (المرفوع ضده الدعوى) بعض الأسباب المقبولة التى تمكنه من التمسك بها فى مواجهة المدعى ، فهو لا ينكر على المدعى حقه ، وإنما يؤكد أنه ليس حقا كاملا ، وهذا هو ما يسمى بالدفع ، فهو عبارة عن وسيلة يستعملها المدعى عليه فى الدعوى للدفاع عن نفسه ضد ادعاء صاحب الحق .

وقد يسوغ للفرد أحيانا حماية حقه بنفسه ، دون الالتجاء إلى أجهزة الدولة لتقرير هذه الحماية . وهذه هى القاعدة العامة التى جرى عليها العمل فى العصور القديمة ، بيد أنها انكمشت وأصحبت مجرد استثناء بتقدم الحضارة الإنسانية . وقد عرف القانون الرومانى حالات عديدة يجوز للفرد حماية حقه بنفسه من خلالها . فإذا اغتصبت حيازة عقار بالقوة أو الخفاء أمكن استردادها ولو بالقوة ، ولصاحب الحق هدم ما بناه شخص آخر بالقوة أو الخفاء منتهكا بذلك حرمة حقه ولو استعمل القوة

فى تحقيق هذا الغرض ، وللدائن إجبار المدين على دفع دينه . وقد حاول فقهاء الرومان فى العصر العلمى تقليل الحالات التى يسمح فيها للفرد بحماية حقه بنفسه ، وانتهى الأمر إلى السماح بذلك فى حالة واحدة وهى حالة " الدفاع الشرعى " ، فيجوز للفرد قانونا استخدام القوة للمحافظة على حقه من اعتداء حال إذا لم تكن هناك وسيلة أخرى تحت يده ، وبشرط أن يكون هناك تناسبا بين الاعتداء والدفاع (١) .

---

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ، ص ٤٠ - ٤١ .

الفصل الثانى
انقضاء الحق

الحقوق إما أن تكون مؤبدة – أى لا يحدد لها مدة معينة – ما دام أن العمل المكسب لا يمكنه أن ينص على انقضائها ، وإما أن تنقضى بسبب من أسباب الانقضاء التى نص عليها القانون كالوفاء بالالتزام ... الخ .

وتوجد طائفة من التصرفات القانونية التى تعتبر من بين أسباب الانقضاء ، ففى القانون القديم ساد مبدأ العمل المقابل أو العكسى ، ومقتضاه أنه إذا انشىء تصرف فى شكل معين فإنه يمكن استبعاد آثاره باستخدام الشكل أو الإجراء المقابل . وتطبيقا لذلك : تنقضى السلطة الزوجية التى أنشئت بالطريق الدينى " confarreatio " بإجراء دينى مقابل يسمى " diffarreatio " ، وينقضى عقد القرض الذى أبرم بالسبيكة والميزان " par aes et libram " باجراء مقابل وهو الوفاء بالسبيكة والميزان " solutio par aes etlibrom " ، وينقضى الالتزام الناشىء من التعهد الرسمى بالإبراء اللفظى . ومع ذلك لم يستمر هذا التشدد مدة طويلة ، فلقد وجد العديد من الأسباب التى أضعفته ، وبصفة خاصة اعتبار الوفاء كسبب لانقضاء جميع الالتزامات أيا كان شكل انعقادها .

ويترتب على التصرف انقضاء الحق إما بقوة القانون أو بطريق الدفع ، فالانقضاء بقوة القانون يتحقق فورا بحدوث واقعة معينة أو عمل معين ، أما الانقضاء بطريق الدفع فلا يتحقق إلا إذا تمسك المدعى عليه بالواقعة – سبب الانقضاء – إذا ما قاضاه المدعى وقام المدعى عليه بدفع ادعائه . وتعتبر تصرفات القانون المدنى من بين أسباب الانقضاء بقوة القانون ، أما الاتفاقات فهى من أسباب الانقضاء بطريق الدفع (١) . ويمكن أن يتناول

---

(١) وذلك لأن البريتور – وليس القانون المدنى – هو الذى أضفى على الاتفاقات صفة الإلزام ، ومن ثم كانت الوسيلة لحمايتها هى الدفوع لا الدعاوى .

أثر الاتفاق على هذا الأساس نطاق الحقوق العينية والحقوق الشخصية على حد سـواء : فللمدين فى التعهد الرسمى الذى كان قد أبرم إتفاقا مع الدائـن علـى الإبـراء مـن الديـن والمسمى بالاتفاق بعدم المطالبة أن يدفـع بالاتفاق المذكور إذا ما قاضاه الدائن ، وينطبق نفس القول على المالك الذى يتفق مع صاحب حق الارتفـاق البريتورى علـى اسـتعمال حقه لمدة معينة فيستطيع المالك أن يدفـع بهـذا الاتفاق إذا ادعى صاحب الارتفاق بحقه بعدم انقضاء هذه المدة (١) •

ويعتبر عنصر الزمن واقعة ذات طبيعة عامة تؤدى إلى انقضاء الحقوق ، من حيث أنـه يوجد ما يسمى بنظام التقادم المسقط . فالتقادم المسقط هـو عبـارة عـن طريقـة لانقضـاء الحق بعدم استعماله من قبل صاحبـه لمـدة معينـة . ولم يعـرف القـانون الرومـانى التقـادم المسقط كنظام عام حتى صدور دستور الإمبراطور " تيودوز الثانى " فى عام ٤٢٤ ، فقد كانت الدعاوى المنصوص عليها فى القانون المدنى الرومانى أبدية لا تتقـادم ، بمعنـى أنـه يمكن رفعها مهما طالت المدة (ما عـدا بعـض الاسـتثناءات) . أمـا الدعـاوى البريتوريـة وهى التى تضمنها القانون البريتورى ، فكانت تؤقت بمدة سنة واحدة حيث أنها لا تنهج نهج دعاوى القانون المدنى ، كما أنها لا تحمى أفعالا ذات أهمية كبيرة . وعندمـا صـدر دستور الإمبراطور " تيودوز الثانى " استقى نظام التقادم القصـير الـذى كـان مطبقـا مـن قبل على الدعاوى البريتورية – أى انقضاء الدعاوى والحق بمضى سنة واحـدة – وحـدد تقادم الدعاوى التى كانت فى الأصل أبدية بمضى ثلاثين سـنة . وأخـذ " جسـتنيان " بمـا جاء فى دستور " تيودوز " بعد تعديل بعض أحكامه . وطبقا للنصوص الرومانية فإن محل التقادم هو الدعاوى ، ومع ذلك يجب ملاحظة أنه كان من الشائع فى القـانون الرومـانى استبدال كلمة حق بدعوى ، والخلط بين الدعاوى والحقوق ، ومن ثم يمكـن القـول بـن الانقضاء بالتقادم كان يتعلق بالحقوق ، وهناك بعـض الحقوق لا تقبل التقادم على سبيل

---

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مـع دراسـات فـى نظريـة الحـق والقـانون فـى القانون الرومانى " ، ص ١٤٨ •

الاستثناء ومثالها الالتزام بدفع الضرائب إلى بيت المال . وأثر التقادم هو انقضاء الحق ، ولكنه لا يحدث بقوة القانون بل بطريق الدفع ، ومن ثم فإن التقادم يمكن أن يعتمده القاضي إذا تمسك به المدعى عليه ودفع به دعوى المدعي ، ولكن لا يستطيع القاضي أن يقرره من تلقاء نفسه (١) ٠

(١) دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى " مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " . ص ١٤٩ ٠

الخاتمة

تهدف النظم القانونية إلى تنظيم العلاقات الإنسانية فى مختلف أنواعها ، وهى فى ذلك تتأثر بالمؤثرات التى تلابس الحياة المعيشية للإنسان وتطبعها بطابعها وتصوغها فى قالبها . وما النظم القانونية إلا تصوير واقعى لا نضباط الحياة المعيشية للجمع الإنسانى فى صورة ما وفى زمان معين ، وهى تنمو وتتطور وتتنوع وتتغير مع نمو هذه الحياة وتطورها وتنوعها وتغير صورها . ولا شك أن عنصر الزمان والمكان والبيئة والطبيعة لها آثارها الجوهرية فى تكييف الحياة الإنسانية وتكوين العلاقات المعيشية المتنوعة وتوجيهها . ولا شك أيضا أنه على النظم القانونية أن تلائم هذا التطور وهذا التنوع وهذا التغير حتى تظل أحكامها متوائمة مع الواقع ومتجاوبة مع الراهن ، فإن هى اختلفت معها فقدت الأحكام أهم خصائصها ، وإن هى تقدمت عليها زال عنصر الواقعية واتسمت بطابع التوجيه والمثالية (١) . وتعد نظرية الحق القانون الرومانى آية على صدق هذه الحقائق .

ففى الصفحات السابقة مهدنا للدراسة بمدخل حاولنا فيه إبراز أهمية فكرة الحق والخلاف الفقهى حول وجود فكرة الحق والنظريات المختلفة بشأن تعريف الحق .

وفى الباب الأول من هذه الدراسة أوضحنا أنواع الحقوق ومصادرها ، وفى مجال مصادر الحق قمنا بالتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية موضحين أهمية هذه التفرقة . ثم قمنا بدراسة التصرف القانونى دراسة مستفيضة باعتباره من أهم مصادر الحق فى القانون الرومانى ، ثم أوضحنا ماهية الواقعة القانونية كمصدر للحق فى القانون الرومانى .

وفى الباب الثانى من الدراسة قمنا ببيان أركان الحق أو عناصره ، حيث أنها الأمور التى يجب توافرها حتى يقوم الحق أو يوجد . وأوضحنا أنهما عنصرين : أشخاص الحق ومحل الحق . وبالنسبة لأشخاص الحق قمنا ببحث الشخص الطبيعى من حيث عناصر الشخصية القانونية الطبيعية وبدء الشخصية القانونية وانتهاؤها وأهلية الأداء ، وكذلك

---

(١) دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : مبدأ الرضائية فى الحضارات القديمة ، ص ٧٧ .

قمنا ببحث الشخص الاعتبارى وأحكامه فى القانون الرومانى من حيث تطور فكرة الشخصية الاعتبارية فى القانون الرومانى ، وكذلك النظام القانونى للشخصية الاعتبارية . ومن حيث محل الحق قمنا بالتفرقة بين الشىء والمال ، ثم أوضحنا الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل والأشياء الداخلة فى دائرة التعامل فى القانون الرومانى .

وفى الباب الثالث من تلك الدراسة أوضحنا حماية الحق وانقضاؤه فى القانون الرومانى .

وفى النهاية ، لعل فى الصفحات السابقة ما أنار لنا السبيل نحو إبراز دقائق النظرية العامة للحق فى القانون الرومانى ، فقد حاولنا من خلال تلك الدراسة أن نبرز الإطار العام للنظرية وتفصيلاتها ، كل ذلك انطلاقا من إيماننا العميق بأهمية تلك النظرية سواء فى القانون الرومانى أو من حيث أثر تلك النظرية الرومانية فى القوانين الحديثة .

" تم بحمد الله وتوفيقه "

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربيـة :

١- دكتور / أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، طبعة ١٩٦٣ ٠

٢- دكتور / إسماعيل غانم : محاضرات فى النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانيـة ، ١٩٥٨ ٠

٣- دكتور / السيد عبد الحميد فوده : الافتراض القانونى بين النظرية والتطبيـق ، بحث منشـور بالمجلة العلميـة لكلية الشـريعة والقـانون بطنطا ، العـدد الثـالث عشـر ، ٢٠٠٠/٢٠٠١م ٠

٤- دكتور / السيد عبد الحميد فوده : مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الرومانى والفقه الإسلامى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٩٦م٠

٥- دكتـور / توفيـق حسـن فـرج : القـانون الرومـانى ، طبعـة ١٩٨٥ ، الناشـر الـدار الجامعية للطباعة والنشر ٠

٦- دكتور / توفيق حسن فرج : نظرية الاستغلال فى القـانون المدنـى المصـرى ، رسـالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عام ١٩٥٧ ٠

٧- دكتور / جمال مرسى بـدر : النيابـة فـى التصرفـات القانونيـة " طبيعتهـا وأحكامهـا وتنازع القوانين فيها " ، رسالة دكتوراه ، مطبوعات الهيئة المصرية العامـة للكتـاب ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٠ ٠

٨- دكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون ، طبعة ١٩٧١ ، الناشر منشـأة المعـارف بالإسكندرية ٠

٩- دكتور / شفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٣ ٠

١٠- دكتور / شفيق شحاته : نظرية النيابة فى الشريعة الإسلامية والقـانون الرومـانى ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونيـة والاقتصاديـة ، العـددان الأول والثـانى ، السـنة الأولى ١٩٥٩ ٠

١١- دكتور / صبيح مسكوني : القانون الروماني ، الطبعة الخامسة ، ١٩٦٥ / ١٩٦٦ .

١٢- دكتور / صوفي أبو طالب : أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني ، طبعة ١٩٦٤ ، الناشر دار النهضة العربية .

١٣- دكتور / صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني ، طبعة ١٩٦٥ ، الناشر دار النهضة العربية .

١٤- دكتور / صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٨٦ ، الناشر دار النهضة العربية .

١٥- دكتور / طه عوض غازي محمد : النيابة التعاقدية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٩١ .

١٦- دكتور / عبد الحكم فوده : تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٨٥ .

١٧- دكتور / عبد الرزاق السنهوري : التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه ، طبعة ١٩٥٣ / ١٩٥٤ .

١٨- دكتور / عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول .

١٩- دكتور / عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، طبعة ١٩٥٣ / ١٩٥٤ .

٢٠- دكتور / عبد السلام ذهني : مذكرات في القانون الروماني ، نظرية الإلتزامات عند الرومان ، طبعة ١٩٢٢ / ١٩٢٣ .

٢١- الأستاذ / عبد العزيز فهمي : قواعد وآثار فقهية رومانية ، القاهرة ١٩٤٧ .

٢٢- الأستاذ / عبد العزيز فهمي : مدونة جستنيان في الفقه الروماني ، طبعة ١٩٤٦ .

٢٣- دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ القانون المصرى "مع دراسات فى نظرية الحق والقانون فى القانون الرومانى " ٠

٢٤- دكتور / عبد المجيد محمد الحفناوى : نظرية الغلط فى القانون الرومانى " دراسة تحليلية وتأصيلية لفكرة الغلط مع تحليل شامل للنصوص " ، طبعة ١٩٧٤ ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ٠

٢٥- دكتور / عبد المنعم البدراوى ، دكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / أبو زيد عبد الباقى : المدخل للقانون ، نظرية القانون ونظرية الحق ، طبعة ١٩٧٩ / ١٩٨٠ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ٠

٢٦- دكتور / عبد المنعم درويش : الوجيز فى القانون الرومانى ، الجزء الأول ، نظرية الإلتزامات ، الطبعة الأولى ١٩٩٥ ، الناشر دار النهضة العربية ٠

٢٧- دكتور / عبد الهادى يونس العطافى : ماهية الحق فى القانون الخاص ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٣٣ ، العدد الرابع ٠

٢٨- دكتور / عبد الودود يحيى : حوالة الدين " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى " ، رسالة دكتوراه ، ١٩٦٠ ٠

٢٩- دكتور / عبد الودود يحيى ، دكتور / نعمان جمعه : دروس فى مبادىء القانون ، طبعة ١٩٩٣ ٠

٣٠- الشيخ / عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامى فى ما لا نص فيه ، طبعة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ ٠

٣١- الأستاذ / على بدوى : مبادىء القانون الرومانى ، الجزء لأول فى الأشخاص والأموال والالتزامات ، الطبعة الثانية ١٩٣٦ ٠

٣٢- الأستاذ / على بدوى : مكانة الشريعة الإسلامية فى الفقه الحديث ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ٠

٣٣- دكتور / عمر ممدوح مصطفى ٠ الموجز فى القانون الرومانى الجزء الأول ، " المقدمة التاريخية ، الأشخاص ، الملكية ، الحقوق العينية المقررة على مال الغير " ، طبعة ١٩٥٣ ٠

٣٤- دكتور / فتحي عبد الرحيم عبد الله ، دكتور / محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، دكتور / رمزى فريد مبروك : المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الثانى ، النظرية العامة للحق ، طبعة ١٩٩٦ / ١٩٩٧ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ٠

٣٥ - دكتور / متولى عبد المؤمن محمد : نظام الوصاية على القصر فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة المنصورة عام ١٩٩٩ ٠

٣٦- الشيخ / محمد أبو زهرة : إساءة استعمال الحق ، موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى ، طبعة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١م٠

٣٧- دكتور/ محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى : الشكلية القانونية " دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الزقازيق عام ١٩٩٣ ٠

٣٨- دكتور / محمد سلام مدكور : نظرية الحق ، طبعة ١٩٥٧ ٠

٣٩- دكتور / محمد صبرى السعدى : تفسير النصوص فى القانون الخاص " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى " ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٧٧ ٠

٤٠- دكتور / محمد عبد المنعم بدر : القانون الرومانى ، طبعة ١٩٣٧ ، دار النشر الحديث ٠

٤١- دكتور / محمد عبد المنعم بدر ، دكتور / عبد المنعم البدراوى : مبادىء القانون الرومانى " تاريخه ونظمه " ، طبعة ١٩٥٤ ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ٠

٤٢- دكتور / محمد على الصافورى : القانون الرومانى،الندى للطباعة بشبين الكوم ٠

٤٣- دكتور / محمد معروف الدواليبى : الوجيز فى الحقوق الرومانية ، الجزء الأول ، الطبعة الخامسة ، ١٩٦٣

٤٤- دكتور / محمد يوسف موسى : محاضرات فى الفقه الإسلامى " فقه الصحابة والتابعين " ، طبعة ١٩٥٤ ٠

٤٥- دكتور / محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرد " النظرية العامة والتطبيقات فى القانون المصرى والمقارن " ، رسالة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، ١٩٤٧ ٠

٤٦- دكتور / محمود السقا : أثر الفلسفة فى الفقه والقانون الرومانى فى العصر العلمى ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد على أربعة أعداد متتالية إبتداء من السنة الحادية والأربعون ، العددان الثالث والرابع ، سبتمبر – ديسمبر ١٩٧١ ٠

٤٧- دكتور / محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى ، طبعة ١٩٦٦ ، الناشر دار النهضة العربية ٠

٤٨- دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٩٥ ، الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ٠

٤٩- دكتور / مصطفى سيد أحمد صقر : مبدأ الرضائية فى الحضارات القديمة ، طبعة ١٩٩٨ ٠

٥٠- دكتور / منصور مصطفى منصور : المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثانى ، نظرية الحق ، طبعة ١٩٦٢ ٠

٥١- دكتورة / نبيلة إسماعيل رسلان : النظرية العامة للعلاقات الثلاثية فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة طنطا عام ١٩٨٦ ٠

٥٢- دكتور / هشام على صادق ، دكتور ، عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، طبعة ١٩٧٨ ، الناشر الدار الجامعية ٠

ثانيا : المراجع الأجنبية :

1- Accarias : Preci s de droit romain, 4e èd, 1986.

2- Acollas (Emile) : Introdction à l'ètude du droit, le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale, Paris 1926.

3- Ahmed Hassan : Etude comparative du mandt en droit romain et en droit musulman, Thèse, Paris 1981.

4- Baudry - Lacantinerie (G.) et Barde (L.) : Traitè thèorique et pratique de droit civil - les obligation, Paris 1908.

5- Bekaert (Hermann) : Introduction à l'ètude droit, Bruxelle 1964.

6- Beudant et voirin : Cours de droit civil francais, 2e èd.

7- Bonfante : Histoire du droit romain, Paris 1927.

8- Bonnecase (Julien) : introduction à l'ètude du droit, Paris 1929.

9- Brethe De la Gressaye (J.) et Laborde- Lacoste (M.) : Introduction gènèral à l'ètude du droit, Paris 1947.

10- Callatay (Edward, De) : Etude sur l'interpretation des convetions, Bruxelle - paris 1947.

11- Capitant (H.) : Introduction a l'ètude du droit civil, Paris 1921.

12- Capitant (Renè) : L'imperatife juridique, Thèse, Paris 1928.

13- Capitant : Treitè de droit civil, Paris 1953.

14- Capitant et autres : Vocabulaire juridique, Paris 1936.

15- Cartheodory : De l'erreur en matiere civil d'après droit romain, Leipzig 1860.

16- Chabas : De la declaration de volontè en droit civil francais, Thèse, Paris 1931.

17- Chenan (Emile) : Histoire gènèrale du droit francais public et privè des origines à 1815, Paris 1929.

18- Clarise (Jean) : De la reprèsentation, son role dans la creation des obligation, Thèse, Lille 1949.

19- Corbesco (Dan) : De la representation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats, Thèse, Paris 1912.

20- Cornu (Gerard) : Contrôl de la denaturation dens l'interpretation dans arrhes, Rev. Trim., 1967.

21- Cuq (E.) : Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1917.

22- Dabine (Jean) : Le droit subjectif, Paris 1952.

23- Dabine (J.) : Thèorie gènèral de droit, Paris 1944.

24- Decugis (Henri) : Les ètapes du droit des origins à nos jours, Paris 1946.

25- Delanoy (C.) : L'interpretation des testaments par les tribunaux, Thèse, Lille 1937.

26- Del Vecchio : Lecons de philosophie du droit, Paris 1939.

27- Demogue (Renè) : Les notions fondamentales du droit privè, essai critique, Paris 1911.
28- Demogue (Renè) : Traitè des obligation en gènèral, Paris 1923.
29- Dereux (G.) : L'interpretation des acts juridiques privè, Thèse, Paris 1905.
30- Derruppè :La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits rèels et des droits de crèance, Thèse, Toulouse 1952.
31- Domat : Les lois civils dans leur ordre naturel.
32- Duguit : Lecons de droit public gènèral, Paris 1926.
33- Duguit : Traitè de droit constitutionel, 3e èd, Paris 1927.
34- Duhaut (H.) : De la forme, de ses caracteres et de ses regles en droit romain, Thèse, Nancy 1882.
35- Eisenman : Une nouvelle conception du droit subjectif, Rev. dr. publ. 1954.
36- El - Chiati (A.Z.) : La formation du contrat et son interpretation dans le nouveau code civil Egyptien, Rev Al Qanoun wel Iqtisad, An. XIX, 1949.
37- El- Wakil (Chams) : Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit civil egyptien, Paris 1952.
38- Flour (J.) : Les obligations, les acts juridiques, Paris 1975.
39- Flour : Quelques remarques sur l'evolution du formalisme, Paris 1950.
40- Fontaine (M.) : La trnsmission des obligation, travaux des IX journèes d'ètudes juridiques, Jean Dabin, organisees, Paris 1980.
41- Fonteyne (Jean) : Droit et justice en U.R.S. S., Paris 1946.
42- Gaudemet (J.) : Cours de droit romain approfondi, Paris 1949 - 1950.
43- Gaudemet (J.) : L'interpretation des lois et des acts juridiques dans le mond antique, Paris 1970.
44- Gauguier: De L'interpretation des acts juridique, Thèse, Paris 1898.
45- Geny (F.) : Science et technique en droit privè positife, 1921.
46- Ghestin (J.) : Droit civil, les obligations, 1980.
47- Giffard (A. E.) et Villers (R.) : Droit romain et ancien droit francias (obligation), Dalloz 1979.
48- Giffard : Prècis de droit romain, Paris 1933.
49 - Girard : Manuel de droit romain, 8e èd, Paris 1929.
50- Girard: Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1896.
51- Grophe (F.) : Les principe de la bonne foi, Thèse, Paris 1928.
52- Hassan Kira: La thèorie de l'abus de droit en droit francais et en deoit egyptien, Thèse, Paris 1952.
53- Hemard (Joseph) : Precis èlèmentaire de droit civil, Paris 1932.

54- Huveline : Cours èlèmentaire de droit civil, Paris 1927.
55- Ihering (R. Von) : L'esprit du droit romain, Trad. par Meuleneare, 1877.
56- Ionescu (Octovian) : La notion de droit subjectif dans le droit privè, Thèse, Paris 1931.
57- Jolivet (Règis) : Cours de philosophie, Lyon - Paris 1942.
58- Josserand: De l'esprit des droits et leur relativitè (Thèorie dite et l'abus des droits), 1939.
59- Jouanneaux (A.) : Recueil de maximes et citations latines à l'usage de monde judiciaire, 2e èd, Paris 1932.
60- Julliot De la morandière: Cours de droit civil approfondi de doctorat, Paris 1950 - 1951.
61- Kelsen (H.) : Apercu d'une thèorie gènèral de l'Etat, in Rev. dr. public et de science polit., 1929.
62- Kelsen (Hans) : Thèorie pure du droit, Introduction a la science du droit, Neuchatel 1953.
63- Lepointe (G.) et Monier (R.) : Les obligations en droit romain et dans l'ancein droit francais, Paris 1954.
64- Lepointe : les obligations en droit romain, Paris 1956.
65- Lernez (K.) : Philosophie du droit et de l'Etat à l'heure prèsente, 3e èd.
66- Levy - Bruhl : Esquisse d'une thèorie socialogique de l'escalavage à Rome, 1931.
67- Lioy (Diodato) : La philosophie du droit, Paris 1887.
68- Longchamps (F.) : Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine, in A.P.D., 1964.
69- Madray (G.) : De la representation en droit privè, Thèorie et pratique, Thèse, Bordeaux 1931.
70- Maher (A.) : De l'autonomie de la volontè individuelle quant aux modification de contrats, Thèse, Montpellier 1913.
71- Marty et Reynaud: Droit civil, 1956.
72- May (Gaston) : Elèments de droit romain, Paris 1907.
73- Mazeaud (H.L. et J.) : Lecons de droit civil, 1956.
74- Mazeaud (Henri et Leon) - Tunc (Andre) : Traitè thèorique et pratique de la responsablitè civil, 1957.
75- Maynial (E.D.) : La declaration de volontè, Rev. Trim., lère annèe, 1902.
76- Michoud: La thèorie de la pirsonnalitè moral et son application ou droit francais, 3e èd, 1932.
77- Monier (R.) : Les obligations dans le droit romain, Paris 1948.
78- Monier (Remond) : Manuel èlèmentaire de droit romain, Paris 1948.
79- Motulsky (Henri) : Principe d'une rèalisation mèthodique de droit privè, la thèorie des èlèments generateur des droits subjectif, Paris 1948.

80- Olivier - Martin (Fr.) : Histoire du droit francais des origines à la Revolution. Paris 1951.

81- Qmran (M.A.) : Etude compartive sur la thèorie de la *stiplation pour* autrui en droit Francais, Italian, et la Republique Arabunie, Thèse, Paris 1966.

82- Petit (Eugène) : Traitè èlèmentaire de droit romain, 6e èd., Paris 1909.

83- Pilon (Eustache) : Essai d'une thèorie gènèral de la reprèsentation dans les obligations, Thèse, Caen 1897,

84- Planiol : Traitè èlèmentaire de droit civil, 11e èd.

85- Planiol et Ripert : Traitè pratique des droits civil francais, Paris 1952.

86- Popesco-Rammceano (Renè) : De la representation dans les acts juridiques en droit comparè, Thèse, Paris 1927.

87-Prevault (J.) : La doctrine juridique de Kelsen, 1965, in Aunales de l'uni du lyon.

88- Réglade : Valeur sociale et concepts juridique, norme et technique, 1950.

89- Rieg (A.) :La rôle de la volontè dans l'acte juridique en droit civil Francais et Allemand, Thèse, Paris 1961.

90- Rigaud: Le droit rèel, Thèse, Toulouse 1912.

91- Ripert (G.): Abus ou relativitè des droits, 1929.

92- Roguin (Ernest) : la science juridique pure, Paris- Lausanne 1923.

93- Roubier (P.): La rôle de la volontè dans la creation des droits et des devoirs, in Arch. ph. dr., 1957.

94- Roubier (P.) : Thèorie gènèrale du droit .

95- Saleilles : De la personnalitè juridique, 2e èd, 1922.

96- Saleille : Introduction à l'ètude du droit civil allemand, Paris 1904.

97- Savegny : Traitè de droit romain, Paris 1856.

98- Schmidlin (B.) et Cannata (C.A.) : Droit privè romain, 1987.

99- Stark (B.) : Droit civil, les obligations, Paris 1972.

100- Storck (Michel) : Essai sur la mecanisme de la representation dans les actes juridiques, Paris 1982.

101- Talamon (C.) : Les pouvoire de controle de la cour de cassation sur l'interpretation et l'application de contrats, Thèse, Paris 1928.

102- Tanon (L.) : L'evolution du droit et la conscuence sociale, la valeur d'un principe premier de la formation du droit, 2e èd., Paris 1905.

103- Teleman : De la representation en matiere relle et personnelle en droit romain, Thèse, Paris 1900.

104- Villers (R.) : Rome et le droit privè, Paris 1982.

105- Villey (M.) : Lecons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1962.

106- Villey (M.) : L'idèe de droit subjeectif et les systemes juridiques romains, Rev. histoique de droit francais et ètranger, 1946-1947.

107- Vonglis : L'esprit de loi.

108- V. Rouxel (R.) : Recherche des principes gènèraux regissant le volution contemporain du formalisme des acts juridique, Thèse, Caen 1934.

109- Weill (Alex) : La relativitè des conventions en droit privè francais, Paris 1939.

110- Zaslavski (D.) : La democratie sovietique, Paris 1946.

****

****

***

الفهرس

﴿ تم بحمـــد الله ﴾

